



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

TESI DI DOTTORATO IN
DIRITTI UMANI. TEORIA, STORIA E PRASSI

XXXVIII CICLO - TRIENNIO ACCADEMICO 2022 – 2025

Il valore politico della teoria generale
del diritto di Norberto Bobbio

*Analisi critica della conversione
al normativismo giuridico di derivazione kelseniana*

Relatori:

Ch.mo Prof. Fabio Ciaramelli
Ch.mo Prof. Carlo Nitsch

Candidato:

dott. Livio Cacace

Coordinatore:

Ch.mo Prof. Antonio Cavaliere

Indice

Introduzione.....	4
<i>Le tre fasi filosofiche della teoria del diritto di Norberto Bobbio.....</i>	<i>4</i>
I. Il positivismo giuridico metodologico di Norberto Bobbio: analisi e interpretazione di “Giusnaturalismo e positivismo giuridico”	6
1. “Giusnaturalismo e positivismo giuridico” alla luce della crisi della dottrina giuspositivista....	6
2. La rinascita del diritto naturale e la crisi del positivismo giuridico	7
3. La suddivisione dei problemi e degli obiettivi della filosofia del diritto	11
4. La scomposizione del positivismo giuridico e le riflessioni sul metodo formalista	17
5. La difesa del positivismo giuridico metodologico e le riflessioni sul principio di effettività	26
6. La suddivisione degli aspetti del giusnaturalismo e il confronto con il positivismo giuridico....	32
II. La fase pre-normativista di Norberto Bobbio: la funzione civile della filosofia del diritto	39
1. Gli scritti prodotti tra il 1934 e il 1949.....	39
2. «L’anti-kelsenismo di Bobbio»: l’influenza della fenomenologia di Husserl	40
3. Il rapporto tra diritto e forza: l’analisi dell’analogia e della consuetudine nella critica al volontarismo giuridico	51
3.1. “L’analogia nella logica del diritto”: la funzione del diritto contro l’arbitrio della forza..	51
3.2. “La consuetudine come fatto normativo”: la rivalutazione della consuetudine e il ridimensionamento della sanzione coattiva	58
4. La nozione di «persona» tra gli studi fenomenologici e la filosofia dell’esistenza: il contrasto tra l’individuo e la società.....	65
5. Le lezioni universitarie del 1940-41: la nozione di «persona» nella riflessione sulla natura del fenomeno giuridico	73
6. Le lezioni universitarie del 1945: la «persona» come valore democratico nella contrapposizione tra liberalismo e socialismo.....	78
7. Una visione d’insieme della fase pre-normativista.....	87

III. La metodologia normativista e il «sentimento politico» della conversione al normativismo giuridico	89
1. <i>Cenni introduttivi sull'interpretazione del normativismo giuridico</i>	89
2. <i>La conversione al normativismo giuridico: la norma giuridica quale premessa fondamentale di qualsiasi teoria del diritto</i>	90
3. <i>L'impostazione metodologica della nuova teoria del diritto: l'autonomia della scienza normativa e la neutralità scientifica</i>	96
3.1. <i>La separazione tra il metodo sociologico e quello normativo</i>	96
3.2. <i>La separazione tra diritto e politica: l'estromissione della giustizia dalla teoria generale del diritto</i>	105
4. <i>La svolta verso la filosofia analitica: il linguaggio rigoroso assunto quale criterio scientifico della dottrina giuridica</i>	119
5. <i>L'attivismo politico di Norberto Bobbio: il valore della pace nelle sue riflessioni teoriche</i>	124
6. <i>Il «sentimento politico» sotteso alla scelta per la neutralità scientifica</i>	134
IV. La nuova teoria del diritto degli anni '70 e le riflessioni sul rapporto tra diritto e potere	139
1. <i>La teoria dell'ordinamento giuridico e l'evoluzione della scienza giuridica</i>	139
2. <i>La teoria generale del diritto di Norberto Bobbio: la teoria della proposizione giuridica e «l'imperativismo moderato»</i>	140
3. <i>Dalla norma all'ordinamento giuridico: la nuova definizione del diritto</i>	150
4. <i>La complessità e l'unità dell'ordinamento giuridico</i>	155
5. <i>L'analisi critica del rapporto tra diritto e forza nella teoria generale del diritto di Norberto Bobbio</i>	159
6. <i>Le nuove riflessioni sul ruolo e sulla funzione della scienza giuridica</i>	165
7. <i>L'evoluzione della teoria generale del diritto di Bobbio: il nuovo dialogo prospettato tra la scienza giuridica e la sociologia</i>	168
8. <i>L'analisi critica del rapporto tra diritto e potere applicato alla teoria a gradi dell'ordinamento giuridico</i>	177
Conclusioni	186
Bibliografia.....	Errore. Il segnalibro non è definito.

Introduzione

Le tre fasi filosofiche della teoria del diritto di Norberto Bobbio

Norberto Bobbio è sicuramente uno degli autori più influenti del panorama culturale italiano, considerato quale massimo teorico del diritto e della filosofia politica della seconda metà del Novecento. Nato a Torino il 18 ottobre 1909 e morto a Torino il 9 gennaio 2004, l'eclettico autore si è interessato a diverse discipline, producendo contributi scientifici rilevanti, oltretutto nella filosofia del diritto, anche nella sociologia, nella letteratura e, nell'ultima fase della sua vita, nella filosofia politica. Tali caratteristiche hanno reso il giurista torinese capace di influenzare anche le questioni politiche più rilevanti, esercitando sempre un ruolo attivo per la vita politica del Paese, come confermato dall'incarico di senatore a vita ricoperto nell'ultima parte della sua vita.

La presente ricerca si occupa dei contributi scientifici elaborati dall'autore nella teoria generale del diritto, nell'ampio contesto del positivismo giuridico italiano. Nel campo della teoria del diritto, Bobbio è stato uno dei maggiori interpreti e divulgatori in Italia dei lavori di Hans Kelsen, i cui studi ne hanno influenzato le teorie e sono stati adottati quale vero punto di riferimento del filone culturale del positivismo giuridico. Studiando le opere di Kelsen, Bobbio ha, infatti, recepito e interpretato la teoria del normativismo giuridico che - dal 1949 al 1977 - rappresenta la teoria centrale dei suoi contributi scientifici, nonché pilastro fondamentale del positivismo giuridico metodologico, teorizzato in una delle opere più rilevanti del giurista torinese, ovvero *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* del 1965. Il rapporto con la dottrina kelseniana e la teoria del normativismo giuridico rappresentano i due fattori principali per interpretare e comprendere il pensiero teorico di Norberto Bobbio ed il suo rapporto con il positivismo giuridico.

Prendendo spunto dalla pregevole ricostruzione biografica di Mario G. Losano sulle opere di Bobbio¹, è possibile suddividere i suoi lavori filosofici in tre diverse fasi, che si distinguono in relazione all'interpretazione della dottrina kelseniana. La produzione che intercorre tra il 1934 e il 1949 può essere definita 'pre-normativista', in quanto caratterizzata da una costante critica del normativismo giuridico di derivazione kelseniana, più aspra nella fase fenomenologica, più tenue negli anni successivi; una seconda fase - dal 1949 fino alla seconda metà degli anni '70 - di piena adesione al normativismo giuridico che ha reso Bobbio uno dei principali interpreti e divulgatori dei lavori di Kelsen; ed, infine, in una terza fase, definita da Losano 'postpositivista'², si rileva la volontà dell'autore di introdurre nuove riflessioni per correggere ed, in parte, superare la teoria kelseniana, in concomitanza con il passaggio alla filosofia politica e all'influenza dei nuovi studi sociologici.

La presente ricerca si propone, innanzitutto, di approfondire ed organizzare i contenuti di queste tre macroaree ipotizzate, contestualizzandone le caratteristiche, approfondendone le tesi e le interpretazioni. Attraverso il confronto costante dei diversi scritti, questo lavoro intende ricostruire l'interpretazione evolutiva che Bobbio restituisce di Kelsen,

¹ Mario G. Losano, *Norberto Bobbio, una biografia culturale*, Carocci editore, Roma, 2018.

² Mario G. Losano, *Norberto Bobbio, una biografia culturale*, cit., pag. 291.

evidenziando le affinità e le differenze tra le teorie espresse dai due autori ed indagandone le cause. Questo lavoro di ricerca implica la percezione di differenze, di continui ripensamenti, apparenti contraddizioni. Tuttavia, è indispensabile ricercare ed individuare quella linea di continuità teorica che riconduca qualsiasi apparente parcellizzazione del pensiero dell'autore ad un articolato processo della sua evoluzione critica.

Questi obiettivi programmatici sono perseguiti tramite l'analisi dei temi cardine della dottrina normativista di Bobbio ereditati dalla tradizione kelseniana, ovvero la distinzione tra la legalità e la giustizia, il problema del fondamento e della legittimazione del diritto, la funzione del giurista teorico, il metodo valutativo della scienza giuridica, il rapporto tra il diritto e il potere.

Questa ricerca sarà strutturata in quattro capitoli: nel primo capitolo si analizzerà il positivismo giuridico metodologico teorizzato con *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* nel 1965, come punto di partenza che permette di cogliere in via generale i contenuti e le problematiche del rapporto con la teoria del positivismo giuridico, e, in particolare, con la teoria normativista di Kelsen; nel secondo capitolo, sarà ricostruita la produzione giovanile di Bobbio, distinguendone le differenti tendenze in correlazione alle cause storiche ed ideologiche della critica nei confronti della dottrina kelseniana; nel terzo capitolo verranno analizzati gli elementi salienti della conversione al normativismo giuridico, ricercando i motivi ideologici sottesi alla scelta per l'avalutatività scientifica; nel quarto capitolo sarà indagata la reale volontà di superare la dottrina kelseniana dopo il passaggio alla filosofia politica e dopo l'influenza dei nuovi studi sociologici sulla funzione del diritto.

Spinta propulsiva di questa ricerca è anche la consapevolezza della necessità di riscoprire il valore pedagogico del pensiero analitico di Bobbio, capace di costruire ponti di comunicazione anche tra teorie opposte o contrastanti, scovando nessi e relazioni. Questa capacità di destrutturare per ricostruire sulle "apparenti macerie" diventa interessante esempio nell'attuale momento storico, caratterizzato da divisioni sempre più laceranti, scaturenti da radicalismi ideologici che, spesso, si dimostrano incapaci di mettersi in discussione e sordi ad ogni forma di dialogo.

I. Il positivismo giuridico metodologico di Norberto Bobbio: analisi e interpretazione di “Giusnaturalismo e positivismo giuridico”

1. “Giusnaturalismo e positivismo giuridico” alla luce della crisi della dottrina giuspositivista

Giusnaturalismo e positivismo giuridico del 1965 è una delle opere più significative di Norberto Bobbio, poiché, essendo stata scritta in un'età matura dall'autore, contiene un pensiero teorico sistematico ed unitario sugli elementi fondamentali della teoria del positivismo giuridico. Il libro del 1965 contiene, infatti, una serie di saggi scritti negli anni dall'autore, riassettrati in un'opera organizzata e sistematica, dotata di un quadro unitario vertente sul confronto tra le due fondamentali correnti culturali della filosofia del diritto.

Giusnaturalismo e positivismo giuridico, oltre ad evidenziare la stretta connessione tra il filosofo torinese e la teoria del positivismo giuridico, mette in luce il metodo analitico di Bobbio, che realizza una scomposizione chirurgica della teoria del positivismo giuridico, rappresentandone i punti di forza e i punti di debolezza, ora confutando le critiche esterne, ora sollecitando proposte per una sua trasformazione. Quest'opera è di primaria importanza poiché, oltre ad essere un manuale della teoria gius-positivistica, evidenzia anche la crisi che il positivismo giuridico attraversava dagli anni '60 e come da tale crisi si siano poi originate le diverse proposte di modificazione della teoria gius-positivistica. Negli anni '60 si inizia ad avvertire una sorta di insofferenza verso la cultura gius-positivistica: la società inizia a mutare rapidamente, lo Stato esercita nuove funzioni di politica attiva nell'economia, i diritti iniziano ad assumere un ruolo differente dopo la ricezione teorica del processo di costituzionalizzazione degli anni precedenti. È il segnale di una società che sta mutando rapidamente e che necessita di un cambiamento anche per la scienza giuridica. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* è pubblicato durante questo periodo e, per essere correttamente compreso, deve essere interpretato alla luce di questo contesto di crisi e di cambiamento per il positivismo giuridico.

L'opera non rappresenta un mero esercizio stilistico di comparazione e confronto tra due correnti culturali diverse; è un lavoro che cerca, innanzitutto, di mettere ordine sugli elementi teorici della teoria gius-positivistica, cercando di allontanare le diffuse critiche di quel preciso momento storico. Bobbio, per tali motivi, assume nei confronti del positivismo giuridico un duplice atteggiamento: difensore della teoria gius-positivistica, ma anche promotore di un suo ammodernamento, capace di rappresentare le nuove tendenze dei nuovi fenomeni sociali e culturali. Inoltre, in quegli anni, contemporaneamente alla crisi gius-positivistica, si assisteva alla rinascita della cultura giusnaturalista che, dopo gli anni di guerra, era considerata come un baluardo contro le derive arbitrarie del potere politico. Nei confronti del giusnaturalismo trapela un duplice giudizio: vi è una critica generale della

metodologia che, però, non coinvolge la totalità della dottrina; si assiste, anzi, ad una rivalutazione di certi elementi della cultura giusnaturalistica che comporta un ridimensionamento della distanza tra le due diverse dottrine filosofiche.

Giusnaturalismo e positivismo giuridico scaturisce, infatti, da un'esigenza di chiarezza degli elementi fondanti le due teorie contrapposte; il giurista torinese è convinto che entrambe le dottrine giuridico-filosofiche siano caratterizzati da differenti interpretazioni che hanno contribuito a creare confusioni sulla natura e sugli scopi che esse perseguono. Tale confusione teorica necessita di una profonda analisi concettuale, capace demistificare i luoghi comuni e di fare chiarezza sui presupposti teorici fondanti entrambe le dottrine.

2. *La rinascita del diritto naturale e la crisi del positivismo giuridico*

Giusnaturalismo e positivismo giuridico si colloca cronologicamente in un crocevia storico significativo per il pensiero filosofico di Bobbio. L'opera è pubblicata nel momento più maturo degli studi sul normativismo giuridico: parecchio dopo la conversione del 1949, ma anche all'inizio delle innovazioni teoriche che l'autore promuoverà dalla seconda metà degli anni '60 in avanti. L'opera funge da spartiacque tra il periodo di massima maturità dell'interpretazione della dottrina kelseniana e gli albori delle spinte riformiste che trasformeranno la teoria del diritto di Bobbio dagli inizi degli anni '70. Non è, infatti, un caso che l'introduzione all'opera è costituita da una panoramica sulla crisi che attraversava il positivismo giuridico in quegli anni, le cui cause sono molteplici.

In primo luogo, dal 1950 si assiste ad una sorta di 'rinascita del diritto naturale': le atrocità commesse dai totalitarismi, i crimini commessi dai governi autoritari hanno comportato un giudizio negativo sul positivismo giuridico, da molti considerato come responsabile della nascita dei regimi del terrore. Il positivismo giuridico, rifiutando ogni valore trascendente o metafisico relativo al fondamento del diritto, è stato ritenuto responsabile di aver contribuito al fenomeno dell' 'idolatria della legge', ovvero alla riduzione del fondamento del diritto alla sola volontà del legislatore. Questo fenomeno è collegato strettamente con il cosiddetto 'legalismo etico,' ovvero con quella specifica teoria dell'obbedienza che prescrive un'obbedienza incondizionata alla legge in virtù della sua origine statale. 'La rinascita del diritto naturale' scaturisce dal timore che i presupposti teorici del positivismo giuridico, così come portati avanti tra gli anni '50 e '60, non siano in grado di evitare nuovamente l'avvento di regimi autoritari.

Il giusnaturalismo, distinguendo la legalità dalla giustizia e ponendo un diritto extrasociale sovraordinato rispetto al diritto positivo vigente, individua dei limiti teorici al potere politico. Tale funzione intrinseca della teoria giusnaturalistica induce a rivalutare la teoria del diritto naturale, a partire da alcune concezioni di giuristi cattolici che attribuivano un ruolo primario al diritto naturale rispetto al diritto positivo.³

³"Da un convegno del giugno 1949 e da una discussione sulla rivista dei giuristi cattolici "Justitia" emerse la formula del "diritto naturale vigente": questa formulazione rappresentava una presa di posizione, da un lato, contro i giuristi che non riconoscevano altro diritto vigente che il diritto positivo, e, dall'altro contro le scuole

Va precisato, però, che tale rivalutazione consisteva non in un ritorno al giusnaturalismo degli antichi, ma in una elaborazione di un nuovo diritto naturale storicizzato, fondato su elementi empirici della storia, non come un insieme di principi astratti ed immanenti collocati al di fuori del processo sociale. La crisi del positivismo giuridico deriva anche dalle critiche mosse dalla corrente del realismo giuridico che, depotenziando il formalismo giuridico, svalorizzava il primato della legge tra le fonti giuridiche, attribuendo maggiore importanza alle sentenze dei giudici e alla prassi giudiziaria.

Cooperano alla critica verso il primato della legge l'affermazione delle teorie istituzionalistiche, delle quali Bobbio riceve una forte influenza, volte a evidenziare l'importanza della pluralità degli ordinamenti giuridici. Il positivismo giuridico novecentesco deve poi fare i conti con le trasformazioni storiche della società, caratterizzate dalle nuove funzioni attribuite allo Stato e dal nuovo ruolo dei diritti costituzionali, dopo l'entrata in vigore della costituzione rigida del 1948. Tali elementi fondano le nuove istanze che reclamano una rivisitazione della metodologia della scienza giuridica.

Di tale natura è la critica rivolta da Nicola Matteucci verso la teoria di Bobbio, considerato quale esponente della forma più moderna di positivismo giuridico.

Matteucci, in *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, critica le argomentazioni esposte da Bobbio in *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, evidenziando, con molteplici argomenti, la necessità di un superamento del metodo gius-positivista.

Il bersaglio principale è l'approccio neutrale e descrittivo del positivismo giuridico, sgombrato da valutazioni ideologiche e politiche; la neutralità della scienza giuridica è considerata un'illusione collegata ad una concezione statalista del diritto.⁴ Matteucci propone, contro tale metodologia, la teoria costituzionalistica, incentrata sul primato della «iurisdictio», considerato quale elemento fondamentale dei nuovi Stati democratici costituzionali, per porre un limite all'arbitrio del potere politico. Il costituzionalismo che egli promuove è fondato sui principi fondamentali della costituzione, la cui origine è individuata nel diritto naturale, in continuità con il movimento di rinascita della cultura giusnaturalista.⁵

idealistiche dominanti in Italia nei primi decenni del secolo, che o avevano negato il diritto naturale o lo avevano considerato come una pura idea della ragione (idealismo neo-kantiano). In quanto "vigente il diritto naturale era diritto alla stessa stregua di quello positivo, e quindi immediatamente obbligatorio; in quanto "naturale" era gerarchicamente superiore al diritto positivo, onde una legge per essere valida doveva essere anche giusta, e pertanto alla domanda se il cittadino fosse obbligato a ubbidire alla legge ingiusta, si dovrebbe dare una risposta negativa." Norberto Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Laterza, Bari-Roma, 2011, pag. 15.

⁴ "Dietro ad ogni scienza, infatti, per quanto aspiri all'autonomia, al rigore, alla specializzazione, resta sempre più o meno celata, una premessa etico politica, se si vuole un "Wertbeziehung"; allora si tratta di sapere se questa premessa etico-politica, così remota da non essere più messa in discussione, ma che garantisce ai nostri studi giuridici il loro raffinato tecnicismo, la loro sapiente eleganza, la loro apparente neutralità, sia ancora storicamente valida, oppure no. A nostro avviso questa premessa nasce da un'antica scelta, la scelta del diritto dello Stato; e appunto a questa scelta la riflessione metodologica del Bobbio offre oggi più moderne e più valide giustificazioni, o almeno, non ne rappresenta il radicale rifiuto." Nicola Matteucci Norberto Bobbio, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, introduzione di Tommaso Greco, Scholè, Brescia, 2021, pagg. 142-143.

⁵ Abbiamo, infatti, ribadito a difesa degli individui e al di sopra dei gruppi e del governo, che di quelli è la necessaria risultante mediatrice, la supremazia del diritto, cercando a questo un fondamento nella ragione e non nella volontà, perché la logica della volontà resta sempre quella della forza. Per questo pensiamo che il

Tali osservazioni, unite agli elementi sopra esposti, testimoniano il periodo di crisi e di riflessione che subiva il positivismo giuridico negli anni '60, additato da più parti come una teoria filosofica incompleta, approssimativa dell'esperienza giuridica, che riduceva il fondamento del fenomeno giuridico alla mera forza.⁶ Non è un caso che Bobbio, dopo qualche anno, inizia un processo di rivisitazione di alcuni elementi della sua teoria del diritto, segnale ulteriore del periodo di tensione che la teoria del positivismo giuridico stava attraversando.⁷

I segnali della crisi della teoria gius-positivistica novecentesca sono ampiamente dimostrati anche dai convegni tenutisi a Bellagio nel 1960 e nel 1965, a cui ha partecipato anche Bobbio, nei quali si affrontavano le critiche rivolte contro la teoria gius-positivistica e si rifletteva sui nuovi movimenti culturali che si diffondevano in quel periodo.⁸

Tali fattori, che accompagnano l'elaborazione di *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* del 1965, sono gli stessi fattori che porteranno, poi, Bobbio allo stravolgimento della sua teoria, consistente in una rivalutazione della neutralità della scienza giuridica, in un nuovo interesse per studi sociologici sulla funzione.

Tutti questi elementi servono a dare un'idea del complesso clima culturale che caratterizzava la stesura dell'opera più emblematica di Norberto Bobbio. Il sentimento di crisi è l'elemento centrale con cui si apre *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* e quello 'chiave' per poter interpretare al meglio quest'opera.

diritto naturale sia il solo antidoto al dogma dell'onnipotenza del legislatore, la sola efficace difesa contro la prepotenza dei gruppi"(...) Come nei tempi antichi, quando al di sopra dei feudatari e per la libertà dei sudditi, c'era la spada del re-giudice del suo popolo, che giura di rendere *aequam et rectam iustitiam*, oggi, che tanto avvertiamo la necessità di esecutivi stabili e forti, dobbiamo riproporre al centro della vita sociale, non il legislativo onnipotente, ma di nuovo, il primato della *iurisdictio*." Nicola Matteucci Norberto Bobbio, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, cit., pagg. 152-154.

⁶"Positivismo giuridico e costituzionalismo rappresenta dunque ben più che lo scritto con cui Matteucci prese le distanze da Bobbio, quando era ancora assistente di filosofia del diritto, e costituisce invece una polemica durissima e radicale contro tutta la cultura del positivismo giuridico, intesa da Matteucci come insieme di teorie e di concetti costruiti intorno alla figura dello Stato moderno." Nicola Matteucci Norberto Bobbio, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, cit., introduzione pag. 10.

⁷ Non è esagerato affermare che, a partire da questo momento, si realizza nell'itinerario teorico e intellettuale del filosofo una vera frattura che, se non è riconducibile esclusivamente alla necessità di rispondere alle critiche di Matteucci, è certamente da mettere con esse in relazione immediata e diretta, dal momento che Bobbio riprende proprio le questioni discusse da Matteucci offrendo stavolta risposte radicalmente diverse rispetto alla difesa contenuta nella lettera privata." Nicola Matteucci Norberto Bobbio, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, cit. introduzione pag. 19.

⁸ "Una prosecuzione della discussione ebbe luogo in un seminario di filosofia del diritto, svoltosi nel settembre del 1960 a Bellagio, per iniziativa della "Rockefeller foundation", cui parteciparono, oltre il prof. Hart e chi scrive, i professori A. Ross, A. Passerin d'Entreves, R. Treves, e alcuni giovani studiosi inglesi, americani e italiani" Norberto Bobbio, cit., 2011, pag. 86 nota 5. Del secondo convegno ne fa accenno anche Mario Losano a proposito del rapporto tra Genaro R. Carriò e Norberto Bobbio: "Il fascicolo della rivista è intitolato *Studi sull'obbligo giuridico* e raccoglie i contributi presentanti nel 1965 a convegno di Bellagio, promosso da Herbert Hart, Alessandro Passerin d'Entreves e Norberto Bobbio che (...) traccia le conclusioni del convegno, riassumendo le varie concezioni dell'obbligo giuridico senza però anticipare la sua svolta ormai imminente verso la teoria funzionale del diritto." Norberto Bobbio – Genaro R. Carriò. *Un carteggio su struttura e funzione nel diritto 1964-1980*, a cura di Mario G. Losano, Led Edizioni universitarie di lettere economia diritto, Milano, 2024, pagg. 11-12 nota 20.

La crisi riguardava più aspetti: una crisi generale del diritto, una crisi dei presupposti etici dello stato di diritto e delle democrazie, nonché una crisi del metodo della scienza giuridica. Il positivismo giuridico era accusato di aver eliminato ogni limite etico al potere politico, riducendo l'esperienza giuridica ai soli sistemi di produzione formale della legge.⁹

La scienza del diritto sembrava caratterizzata da un'ideologia statalistica, imperniata sul 'dogma' della legge, sul carattere coercitivo del fenomeno giuridico e su una giurisprudenza pervasa da formalismo e tecnicismo giuridico.

Tali elementi confluirono in un comune sentimento che Bobbio definisce 'rivolta contro il formalismo'; tale espressione fa riferimento alla diffusione di varie tendenze volte a scalfire la centralità del carattere formale, considerato uno degli aspetti principali delle teorie gius-positivistiche.

La rivolta contro il formalismo era articolata in diverse direzioni, non necessariamente interconnesse: 1) una rivolta contro l'assenza di ogni tipo di giustificazione etica del diritto, simboleggiata dalla rinascita del diritto naturale; 2) una critica dell'ideologia Stato-centrica, in favore di una preferenza per la teoria istituzionale del diritto; 3) un'avversione nei confronti dell'idolatria della legge, a favore di una rivalutazione della pluralità delle fonti; 4) un ridimensionamento dell'interpretazione formale della legge e del tecnicismo giuridico, in favore di un'interpretazione più aperta allo studio empirico del diritto, incentrato sul ruolo delle sentenze dei giudici.

Tutte queste tendenze, pur riguardando aspetti diversi, avevano come comune bersaglio il positivismo giuridico. Tutti questi elementi portano Bobbio a sviluppare un'opera composita di discussione teorica degli elementi fondamentali del positivismo giuridico, con l'intento di confutare le critiche promosse, ma anche per iniziare un'opera di rinnovamento della scienza giuridica.

Giusnaturalismo e positivismo giuridico rappresenta, innanzitutto, un'opera sul positivismo giuridico che ha la funzione di distinguere i vari elementi di tale controversa dottrina; Bobbio, nel momento di maggior crisi del positivismo giuridico, avverte l'esigenza di elaborare un'identità chiara della cultura gius-positivistica, demistificando i luoghi comuni, confrontandola analiticamente con i caratteri della dottrina del diritto naturale.

Secondo Bobbio, infatti, pur essendovi diffuse teorie del diritto naturale, il positivismo giuridico era privo di una storia e di un'elaborazione compiuta.

⁹ "Che il diritto fosse in crisi era voce unanime, ma sulle cause, sul significato, sui rimedi della crisi i pareri erano discorsi. Ora si trattava della crisi dello stato di diritto, ora del principio di legalità e della certezza, ora della scienza giuridica, ora del sentimento di giustizia. Chi metteva l'accento sull'uno, chi sull'altro aspetto. Pur nella diversità dei rimpianti, delle lamentazioni e delle diagnosi, si poteva discernere uno stato d'animo comune, ancor più, forse, la comune convinzione che i giuristi avessero la loro parte di responsabilità nella crisi, e che questa responsabilità derivasse dalla rassegnata adorazione della legge positiva, dalla esasperazione del tecnicismo che aveva impedito la visione dei fondamenti e dello scopo ultimo del diritto, dall'eccessiva fiducia nella costruzione e del sistema." Norberto Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pag. 13.

3. La suddivisione dei problemi e degli obiettivi della filosofia del diritto

La crisi del metodo gius-positivista coinvolge, innanzitutto, il ruolo del giurista teorico e la sua funzione, tema strettamente legato agli scopi che la filosofia del diritto si propone come disciplina. All'interno di una specifica corrente culturale non si possono separare nettamente la teoria, il metodo, e gli scopi che la compongono, data la stretta interconnessione tra questi elementi. La teoria di una filosofia giusnaturalista coinvolge il metodo e lo scopo della dottrina; al contempo, il metodo e l'obiettivo di una dottrina gius-positivistica sono strettamente legati alla teoria che promuove. Questi tre aspetti sono interconnessi e reciprocamente dipendenti. Un esempio di tale interconnessione sono proprio le tre fasi che accompagnano tutta la produzione scientifica del giurista torinese.

Bobbio, condizionato dalla fenomenologia di Husserl, attribuiva al giurista il compito di rintracciare le essenze della 'giurisprudenza eidetica', ovvero le essenze degli istituti giuridici, in contrasto con la metodologia e gli scopi di una dottrina normativista. Nel 1938, dopo essersi allontanato dalla fenomenologia di Husserl, Bobbio inizia ad elaborare un approccio più teorico e meno filosofico che attribuiva al giurista teorico una funzione differente. Questa funzione era calata all'interno del contesto sociale: il giurista teorico aveva il compito di smentire la teoria volontaristica per svelare la vera natura del diritto, liberata dal dogma della volontà. Questa nuova funzione non era una ricerca esclusivamente teorica, come negli anni della fenomenologia, ma era calata all'interno del tessuto sociale e politico, attribuendo al giurista una funzione sociale e politica con un obiettivo preciso: la confutazione del volontarismo giuridico.

Questo tipo di impostazione scaturiva dall'impegno civile e politico di Bobbio e dalla battaglia contro i regimi autoritari: la filosofia del diritto diveniva uno strumento per "liberare" il diritto da una visione autoritaria della legge fondata sul dogma della volontà. Dal 1949 la funzione del giurista cambia drasticamente con la conversione al normativismo giuridico di derivazione kelseniana. Bobbio, recependo gli schemi della dottrina pura del diritto, mette da parte la funzione politica della filosofia del diritto, scegliendo di occuparsi solo di teoria generale del diritto, di cui descrive il metodo e gli scopi. Se la filosofia del diritto si occupa del problema della giustizia, potendo valutare i contenuti di un ordinamento giuridico, la teoria generale del diritto deve limitarsi a descrivere la struttura dell'ordinamento, estromettendo qualsiasi giudizio di valore o politico.

Se nella fase pre-normativista la giustizia rappresentava la sintesi del pensiero filosofico di Bobbio, dal 1949 in poi, sulla scia del metodo della teoria pura del diritto, la giustizia è confinata al di fuori della teoria del diritto, nel campo deontologico, relativo al problema delle ideologie e dei valori.¹⁰

¹⁰ "La filosofia del diritto ha il suo proprio ambito di ricerca, che nessuna disciplina scientifica, sia particolare che generale, sia di contenuto sia formale, le può sottrarre: il problema della giustizia, ossia, in termini generali che abbracciano non soltanto la filosofia del diritto ma tutta la filosofia nei rapporti con la scienza, il problema del valore. Per filosofia del diritto, infatti, io intendo la teoria della giustizia, vale a dire la teoria del di quel particolare valore che domina l'esperienza giuridica, e in base al quale il diritto empirico o storico o positivo (...) viene valutato e quindi, se occorre, trasformato. La filosofia del diritto, come teoria della giustizia, si può dividere in una fenomenologia della giustizia (descrizione del valore del giusto) e in una ideologia della

Già questi pochi esempi bastano a dimostrare come il problema della funzione della filosofia del diritto sia strettamente collegato all'aspetto della teoria e viceversa. In *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Bobbio ha un'idea matura di questi argomenti e con lucidità analitica distingue quattro principali problemi della filosofia del diritto: 1) il problema deontologico che riguarda il problema dei valori dell'ordinamento giuridico, coincidente con la teoria della giustizia; 2) il problema ontologico concernente l'analisi della struttura dell'ordinamento, coincidente con la teoria generale del diritto; 3) il problema fenomenologico consistente nello studio del diritto come fenomeno sociale, attribuito al campo della sociologia giuridica; 4) il problema metodologico coincidente con il problema della natura e dell'oggetto della scienza giuridica, che sfuggiva alla tripartizione precedentemente affermata in Italia ed è lo stesso Bobbio a sollecitare un ampliamento delle categorie dei problemi della filosofia del diritto.¹¹

Il problema deontologico rappresenta la trattazione del problema della giustizia all'interno del mondo del diritto; analizzare la giustizia di un ordinamento vuol dire valutare il fenomeno giuridico, in considerazione dei valori che esso esprime. La giustizia è anche l'elemento centrale che divide il giusnaturalismo dal positivismo giuridico; il giusnaturalismo non distingue tra giustizia e legalità: ritiene che l'unico diritto valido sia il diritto giusto, ovvero conforme agli ideali sopraelevati di giustizia.

Il positivismo giuridico considera la giustizia come un elemento estraneo alla teoria del diritto: la validità di una norma è fatta dipendere unicamente dal rispetto delle procedure formali di produzione previste dall'ordinamento giuridico. Lo stesso Bobbio, negli anni giovanili, elaborava una teoria filosofica incentrata sul tema della giustizia; dopo la conversione al normativismo giuridico, la giustizia è posta al di fuori della teoria del diritto, considerata come elemento scientificamente inconoscibile. La scomposizione teorica, attuata in *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* va proprio in questa direzione: distinguendo il problema ontologico da quello deontologico, trasporta la giustizia al di fuori della teoria del diritto, in un campo prevalentemente filosofico.¹²

Uno degli aspetti principali del normativismo giuridico è la distinzione tra la filosofia e la teoria; il giudizio sull'ordinamento giuridico è espulso dal campo della teoria del diritto e interessa solo alla filosofia della giustizia. La teoria generale del diritto non deve giudicare l'ordinamento, ma 'solamente' descriverne la struttura. Bobbio ritiene che il campo deontologico possa trovare uno spazio importante tra i problemi della filosofia del diritto se, evitando nuove teorie metafisiche, coltiva la critica della dottrina naturale, orientando la propria ricerca verso i criteri e i valori attribuiti al campo generico della giustizia.

giustizia (...) è in altre parole un'analisi descrittiva che sblocca in una presa di posizione ideologica." Norberto Bobbio, *Studi sulla teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1955, pag. 49

¹¹ "Come se non bastasse, a questa tripartizione sfuggiva tutta una serie di problemi che vengono considerati di solito come appartenenti alla filosofia del diritto e di cui i filosofi del diritto si sono impossessati facendone a poco a poco addirittura, almeno in Italia, il loro compito principale e preferito: parlo del problema del metodologico della scienza giuridica" Norberto Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pag. 43.

¹² "Per chi si pone da un punto di vista formale non importa, affinché una norma sia giuridica, che sia giusta; importa solo che sia posta dall'autorità che è autorizzata a porre norme giuridiche. Una delle più ovvie conseguenze della concezione formalistica del diritto era che il diritto naturale, non essendo formalmente valido, non poteva neppure dirsi propriamente diritto." Norberto Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pag. 45.

La ricerca suggerita deve essere attuata in senso storico, sui valori posti dagli ordinamenti positivizzati, e non al di fuori del campo empirico, ricercando principi immanenti o metafisici. Questo suggerimento è il frutto della ricezione della riflessione kelseniana sulla giustizia; il problema deontologico diviene il problema della 'fenomenologia della giustizia.' Quest'espressione è utilizzata da Kelsen in un discorso ampio, relativo sia alla nozione di giustizia che all'oggetto degli studi sociologici. Kelsen estromette il problema della giustizia dal campo della teoria del diritto, non interessando alla propria dottrina né il giudizio su un ordinamento particolare né i motivi che spingono i consociati ad obbedire o meno al diritto. Kelsen, nel 1945, ritiene che la storia delle ideologie che comportano l'obbedienza al diritto sia un oggetto non applicabile alla teoria del diritto, ma sicuramente centrale per una giurisprudenza sociologica: definisce tale analisi come 'sociologia della giustizia.'¹³

In questo modo la giustizia, estromessa dal campo della teoria normativa del diritto, diviene oggetto della conoscenza sociologica in un campo vicino e adiacente al mondo della teoria del diritto, non come condizione di validità dell'ordinamento, ma come oggetto di analisi delle ideologie e dei contenuti degli ordinamenti.

Il campo ontologico si occupa, invece, dello studio del diritto esistente: pone come oggetto del suo studio il problema della validità del diritto.

Se il problema deontologico riguarda la filosofia del diritto, il campo ontologico è l'oggetto della teoria generale del diritto; tale distinzione è chiaramente frutto di una teoria giuridico-positivistica che si interessa solo del diritto esistente e non dell'elaborazione di un diritto ideale.

Nel campo ontologico rileva la metodologia usata per distinguere il diritto valido da quell'invalido, nonché quale sia l'elemento specifico caratteristico del fenomeno giuridico. A questo proposito, vengono distinte le differenti teorie che definiscono il diritto o come rapporto intersoggettivo o come norma di condotta o come istituzione. Queste sono le tre teorie più volte riportate nei testi dal giurista torinese, come simbolo del modo di studiare e di intendere differentemente il fenomeno giuridico.

Bobbio aderisce al normativismo giuridico che definisce il diritto come norma o, meglio, come complesso di norme, ovvero come un ordinamento giuridico effettivo. L'errore dell'istituzionalismo e della teoria del rapporto giuridico consiste nell'ignorare il ruolo della norma come elemento centrale sia per la creazione di 'un rapporto giuridico tutelato' che per la creazione di una 'struttura dotata di organizzazione': entrambe le teorie presuppongono implicitamente la norma come elemento prioritario della vita del diritto.¹⁴

¹³ È possibile, tuttavia, dedicarsi con successo a problemi sociologici particolari, connessi con il fenomeno del diritto. Se esaminiamo, ad esempio, i motivi degli uomini che creano, applicano e obbediscono il diritto, troviamo nelle loro menti talune ideologie, fra le quali ha una parte essenziale l'idea della giustizia. Il problema della giustizia sta, per sua natura, al di là dei confini di una giurisprudenza normativa, che si limiti ad una teoria del diritto positivo; ma la credenza nella giustizia è un oggetto adatto per la giurisprudenza sociologica; forse ne è anzi l'oggetto specifico." Hans Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Edizioni di Comunità, Roma-Ivrea, 1963, pag. 174.

¹⁴ "Sembra invece che delle tre concezioni del diritto prima descritte quella più atta a costituirne il punto di partenza sia la concezione normativa, vale a dire proprio quella concezione che considera il diritto come un fenomeno normativo, ovvero come un insieme di norme che hanno particolari caratteristiche che le distinguono dalle norme morali, religiose, sociali, etc. (...) Ci limitiamo ad osservare che il punto di vista più

Il normativismo giuridico rivela la centralità della norma, come elemento prioritario per comprendere il fenomeno giuridico.

Intendere il diritto dal punto di vista normativo è il primo passo di una teoria del diritto che insegue il criterio scientifico, disinteressandosi di ogni strumentalizzazione politica. Questa impostazione è chiaramente il frutto dell'interpretazione della dottrina kelseniana; ciò è confermato dal fatto che, per quanto riguarda il campo ontologico, l'obiettivo proposto da Bobbio è continuare e migliorare l'opera del giurista austriaco.

Il campo fenomenologico rappresenta l'insieme di studi affrontato dalla sociologia; tali studi osservano il diritto come fenomeno sociale, rilevando la connessione tra il comportamento degli uomini e le regole del diritto. Lo studio del diritto come fenomeno sociale ha aiutato la demistificazione di falsi miti all'interno della scienza politica e del diritto, ma appartiene ad un campo diverso da quello della teoria del diritto. Il normativismo giuridico ha una precisa identità metodologica rispetto a quella sociologica: un giurista non può osservare il diritto con lo stesso metodo utilizzato dal sociologo. Distinguere il problema fenomenologico da quello ontologico è frutto dell'impostazione della dottrina pura del diritto che evita ogni tipo di sincretismo metodologico per difendere l'autonomia scientifica della teoria normativa. La sociologia può svolgere i propri studi al di fuori della teoria del diritto: gli avanzamenti del campo fenomenologico possono aiutare descrivere le caratteristiche di tutti i gruppi sociali che compongono la società, in modo tale da contribuire alla trattazione dei problemi tradizionali della filosofia politica, ovvero le classi politiche, i partiti del potere, etc.

Il quarto e ultimo problema del metodo, strettamente collegato con gli altri tre, coinvolge, oltre che la natura della giurisprudenza e del suo oggetto, anche i problemi relativi alla teoria dell'argomentazione e dell'interpretazione.

La questione relativa alla definizione della giurisprudenza quale scienza ha accompagnato pagine e pagine di letteratura filosofico-giuridica; Bobbio nel 1950, anno della svolta verso la filosofia analitica, compie un resoconto dettagliato di tali ricerche, rispondendo positivamente al quesito, proponendo una precisa categorizzazione della giurisprudenza.

Nella *Teoria della scienza giuridica* vengono ricostruite le ragioni dell'iniziale esclusione della giurisprudenza dalle discipline scientifiche, ricollegandole alla concezione razionalistica del '600 e a quella positivista dell'800. La concezione razionalistica, incentrata sul carattere dell'esattezza, esigeva risposte scientifiche oggettive e universali; la dottrina giuridica di allora era incentrata sull'idea trascendente del diritto naturale, che però non forniva risposte scientifiche. Al contrario, durante la concezione positivista dell'800, la giurisprudenza era estromessa dalle categorie scientifiche poiché non era conforme alla verificabilità imposta dal metodo positivista. Per tale motivo essa era considerata una dogmatica, espulsa dalle discipline scientifiche, a differenza della sociologia e della psicologia.¹⁵

favorevole per elaborare una teoria generale, utile ai giuristi e chiaramente distinta dalla sociologia e dalla filosofia del diritto, nonché dalle discipline giuridiche particolari, è proprio quello offerto dalla teoria normativa" Norberto Bobbio, *Studi sulla teoria generale del diritto*, cit., pag. 74.

¹⁵ "Come s'inserisce la giurisprudenza nella concezione positivista del sapere? Non si inserisce affatto: rimane, anzi, estranea ed appartata. La giurisprudenza conduce il proprio lavoro non su fatti sperimentali, ma su proposizioni date ed intoccabili (le norme giuridiche) che valgono, si badi bene, anche se sono contraddette dai fatti (...) Dire che la giurisprudenza è una dogmatica significa dire appunto che essa non ha nulla a che

La giurisprudenza viene annoverata tra le discipline scientifiche solo quando cambia la definizione stessa di scienza con l'avvento della scienza moderna, che sostituisce gli elementi della verità e dell'esattezza con il rigore delle proposizioni scientifiche. Una disciplina scientifica non è quella che offre risposte oggettive ed incontestabili, ma quella che utilizza un metodo rigoroso, dove le premesse teoriche di partenza ottengono delle conseguenze logicamente coerenti.¹⁶ Il valore scientifico di una ricerca non è possibile senza un linguaggio rigoroso, che presenta coerenza logica tra le proposizioni primitive e quelle derivate.¹⁷ Questa trasformazione permette alla giurisprudenza di poter essere definita quale scienza dello spirito con caratteristiche diverse dalle scienze naturali.¹⁸

L'oggetto della giurisprudenza è individuato nelle regole di comportamento, cioè nelle norme giuridiche. In questo modo, il problema del metodo della filosofia del diritto incontra il normativismo giuridico, di cui Bobbio si fa promotore e divulgatore.¹⁹

Da tale ricerca ne consegue la definizione della giurisprudenza quale scienza empirica, basata sull'esperienza, che non si serve di categorie trascendentali al di fuori dell'esperienza. La giurisprudenza è scienza dello spirito, poiché ha per oggetto le proposizioni normative, che sono un prodotto dell'uomo. La giurisprudenza è scienza formale in quanto lo scopo del giurista è elaborare, attraverso l'interpretazione, un sistema coerente fatto di concetti generali.²⁰

vedere con la scienza secondo il concetto che di essa ha la filosofia ufficiale; significa insomma che essa è irriducibile a conoscenza scientifica" Norberto Bobbio, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1950, pag. 347.

¹⁶ "L'accento è stato spostato per così dire dalla verità al rigore o, meglio, è stata intesa anche la verità in termini di rigore. La scientificità di un discorso non consiste nella verità, cioè nella corrispondenza della enunciazione ad una realtà obiettiva, ma nel rigore del suo linguaggio, cioè nella coerenza di un enunciato con tutti gli altri enunciati che fanno sistema con quelli." Norberto Bobbio, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, cit., pag. 351.

¹⁷ "Ora un linguaggio si dice rigoroso: a) quando tutte le parole delle proposizioni primitive del sistema sono definite, ossia quando sono stabilite tutte le regole del loro uso, e non vengono mai usate se non rispettando tali regole; b) quando sono stabilite le regole in base alle quali dalle proposizioni primitive si possono ricavare le proposizioni derivate, e non si usano altre regole al di fuori di quelle stabilite. Ossia quando sono perfettamente date le regole di formazione delle proposizioni iniziali e le regole di trasformazione onde si passa dalle proposizioni iniziali a quelle successive" Norberto Bobbio, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, cit., pag. 351.

¹⁸ "Certamente, se vi sono delle scienze spirituali diverse dalle scienze naturali, la ricerca del giurista che ha per oggetto il diritto- il quale è certamente un fenomeno umano, un prodotto dell'attività intelligente e cosciente dell'uomo - ha tutti i requisiti per essere ammessa al novero delle scienze spirituali. Si tratta di staccare la giurisprudenza dall'ambito delle scienze naturali, di legarla, al contrario, al destino delle scienze spirituali. E in questo modo il problema della scientificità della giurisprudenza acquisterà nuovo senso e nuovo valore." Norberto Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, Giappichelli, Torino, 1950, pag. 85.

¹⁹ "L'importante, per ora, è fissare questo punto: cioè, che la ricerca giuridica, invece di avere per oggetto dei fenomeni, degli eventi, degli accadimenti che si possono osservare, misurare, sperimentare, ha per oggetto delle regole di comportamento. (...) Le regole di comportamento non sono il risultato della sua ricerca, ma, come abbiamo detto, l'oggetto stesso della sua ricerca. E qui sta appunto la sua caratteristica." Norberto Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, cit., pagg. 162-163.

²⁰ "In base a queste quattro proposizioni si può definire la giurisprudenza come una ricerca, fondata sull'esperienza, delle proposizioni normative giuridiche, allo scopo di comprenderne il significato e di costruirne il sistema" Norberto Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, cit., pag. 201.

Tali presupposti teorici fondavano la svolta verso la filosofia analitica che poneva l'analisi del linguaggio del legislatore come presupposto metodologico centrale, attraverso i criteri dell'interpretazione.²¹

La questione sui criteri dell'interpretazione della norma costituisce l'altro aspetto del problema metodologico e concerne la disputa tra i sostenitori dell'interpretazione creativa del giudice e i sostenitori di una funzione meramente dichiarativa dell'interpretazione. Bobbio ha affrontato la questione in diverse pagine dei suoi scritti e, pur riconoscendo grande importanza al principio di legalità, considerato elemento fondamentale per la certezza del diritto, ha sempre rifiutato l'idea di una funzione meramente dichiarativa dell'interpretazione.

Nel 1938, nel lavoro sull'analogia, espone una propria teoria sull'interpretazione giudiziaria equidistante sia dalla corrente realistica che dalla corrente volontaristica: l'autore attribuisce all'interpretazione del giudice una funzione storica, che si basa sulla capacità di adattare la norma al pensiero umano che si evolve.²² L'attività di interpretazione è definita come un'attività complessa, che non si basa su una mera applicazione sillogistica delle norme, bensì su un'operazione di adattamento della norma al singolo caso concreto.

In *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* è evidenziata la necessità di abbandonare gli schemi delle vecchie dispute: occorre ricercare i criteri empiricamente utilizzati dal giurista per interpretare la legge, allontanandosi dai vecchi pregiudizi ideologici, ampliando l'elenco degli strumenti utilizzati concretamente nel campo giuridico.²³

La scomposizione degli scopi della filosofia del diritto non rappresenta un esercizio meramente stilistico, ma serve ad introdurre il metodo utilizzato per affrontare l'analisi degli elementi principali del positivismo giuridico e, in particolare, della dottrina normativista. Bobbio, dopo aver scomposto la filosofia del diritto in quattro problemi, compie una scelta di campo, esprimendo una preferenza per il campo ontologico: il metodo della scienza giuridica gius-positivista è la teoria generale del diritto che si basa su una

²¹ Ecco, dunque, che la ricerca del giurista, per il suo stesso oggetto, non può prescindere dall'analisi del linguaggio, perché il linguaggio stesso del Legislatore è il principale suo oggetto. Si può dire che la ricerca del giurista, nella sua parte fondamentale, e soprattutto nel suo aspetto critico, si risolve in un'analisi del linguaggio del Legislatore." Norberto Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, cit., pag. 218.

²² "Ormai è stato abbastanza chiarito, per opera soprattutto di coloro che hanno cercato di studiare il fenomeno interpretativo valendosi di più moderni metodi speculativi, che l'interpretazione non è una riproduzione meccanica, una ripetizione fedele, una traduzione letterale, tant'è vero che essa non è soltanto accertatrice della norma, ma è anche modificatrice, in quanto non soltanto restringe od estende, ma rimette a nuovo continuamente, a contatto con la vita sociale in movimento, l'espressione invecchiata; il che equivale a dire che nel sempre nuovo ripensamento che essa fa della norma la vivifica adattandola a nuovi casi o a casi non previsti e nella sempre nuova ripetizione di quelle stesse parole attribuisce ad esse sempre nuovo valore, che è il valore non già delle parole, ma il valore stesso dell'atto spirituale che ripetendole le ripete ogni volta in modo diverso a seconda degli scopi che lo spirito pone a sé stesso. Norberto Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto*, Giuffrè, Milano, 2006, pag. 165.

²³ "Oggi il problema più serio in questo campo non è tanto quello di proporre nuove maniere d'interpretare la legge, ma di studiare i procedimenti intellettuali effettivamente usati dal Legislatore per porre le norme, dal giurista e dal giudice per applicarle, valendosi dei nuovi strumenti apprestati dalla logica simbolica e dalla teoria dell'argomentazione, così come i giuristi medievali li avevano studiati valendosi della logica e della retorica classica." Norberto Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pag. 60.

descrizione formale della struttura dell'ordinamento giuridico.²⁴ Questa ripartizione serve a introdurre i temi fondanti il normativismo giuridico e a relegare il problema della giustizia ed il metodo sociologico in campi diversi dalla teoria del diritto, coerentemente con gli schemi provenienti dalla dottrina kelseniana.

4. *La scomposizione del positivismo giuridico e le riflessioni sul metodo formalista*

La scomposizione analitica è il metodo adottato da Bobbio nel testo *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* per affrontare l'intera riflessione sul positivismo giuridico. Alcune delle critiche maggiori contro la teoria gius-positivista concernono la centralità della forma: più volte il positivismo giuridico è stato accusato di elaborare una dottrina indifferente alla storia, incentrata su un 'arido formalismo.' Il formalismo e il positivismo giuridico non sono la stessa cosa, ma sono due elementi intimamente connessi. Bobbio vuole, però, fare luce sui molteplici significati attribuiti alle due nozioni, distinguendo tre diversi significati di formalismo: 1) una concezione formale della giustizia; 2) il formalismo giuridico fondato sul normativismo giuridico; 3) l'interpretazione formale utilizzata nell'applicazione delle leggi. La concezione formale della giustizia fa riferimento al cosiddetto 'legalismo etico', ovvero a quella teoria che prescrive un dovere di obbedienza alle leggi proveniente dalla loro origine statale. In altre parole, secondo una concezione formale della giustizia, il dovere di obbedienza alle prescrizioni della legge non dipenderebbe dai contenuti delle prescrizioni, ma dalla loro origine legislativa.²⁵

Il secondo significato di formalismo giuridico si ricollega al problema ontologico della filosofia del diritto, cioè alla metodologia del normativismo giuridico. Bobbio, quando parla di teoria generale del diritto, fa riferimento al normativismo giuridico che ha un contatto stretto con l'elemento formalistico in quanto lo scopo del giurista teorico è descrivere la struttura formale dell'ordinamento giuridico. In questo senso, la teoria normativista è fondata sul formalismo giuridico, perché elabora una metodologia strettamente collegata all'elemento formale. Il formalismo della scienza giuridica consiste nella concezione del diritto quale insieme di proposizioni giuridiche connesse reciprocamente da strutture logico-formali. Compito dello scienziato del diritto è descrivere il sistema di queste connessioni, astenendosi da qualsivoglia considerazione di tipo ideologica.²⁶

²⁴ "Se qualcuno chiedesse il mio parere sull'insegnamento della filosofia del diritto, suggerirei che questo insegnamento, che con l'allettamento dei tre o quattro compiti invita il docente ad occuparsi di troppe cose diverse, prendesse il che più corrisponde al suo contenuto effettivo di "teoria generale del diritto", e fossero avviati insegnamenti laterali, se già non ci sono, di storia delle ideologie politiche, di sociologia giuridica e di logica giuridica" Norberto Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pag. 44.

²⁵ "Questa concezione della giustizia si chiama formale perché definisce l'azione giusta come adempimento del dovere, l'uomo giusto come colui che compie il proprio dovere, prescindendo completamente da ogni considerazioni intorno alla natura o al fine del dovere." Norberto Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pag. 66.

²⁶ "Attraverso quel complesso di operazioni che si denotano col nome di costruzione, il giurista sussume un dato fatto o atto o rapporto o istituto in questa o quella categoria giuridica al fine di attribuirgli questa o quella

Il terzo e ultimo significato riguarda la teoria dell'interpretazione; interpretazione formale della norma non coincide con una funzione meramente dichiarativa del giudice. Tale semplicistica classificazione della nozione di formalismo serve a mettere ordine nel rapporto tra il normativismo giuridico e la forma, distinguendo il metodo basato sulla descrizione della forma dell'ordinamento dalla concezione formale della giustizia esprimente una teoria dell'obbedienza carica di significato ideologico. La teoria generale del diritto elabora una metodologia incentrata sulla descrizione formale dell'ordinamento giuridico, ma non orienta ideologicamente i consociati all'obbedienza della legge.

La confusione dei significati di formalismo comporta un'idea distorta del metodo gius-positivista. Il metodo della scomposizione dei significati e dell'analisi del loro analitico significato è il metodo utilizzato da Bobbio per ripulire il significato e la portata della teoria gius-positivista.

Bobbio utilizza lo stesso metodo, utilizzato per il significato di formalismo, per distinguere i diversi significati di positivismo giuridico, partendo da due testi di riferimento.

Il primo è *Positivism and the separation of Law and Morals* pubblicato nella Harvard Law Review nel 1958 da Herbert Hart. In questo articolo il filosofo britannico distingue cinque diversi elementi caratteristici del positivismo giuridico: 1) le leggi sono comandi; 2) la validità e la giustizia di una norma non sono necessariamente connesse; 3) l'analisi dei concetti giuridici va distinta dalla sociologia giuridica e dalla critica delle leggi; 4) un sistema giuridico è un sistema logico chiuso in cui possono essere prese decisioni giuridiche corrette con mezzi puramente logici; 5) i giudizi morali non possono essere stabiliti e difesi con argomenti o prove razionali.

Questi cinque punti rappresentano, in realtà, i due capisaldi centrali dello schema della teoria pura del diritto, quali la distinzione tra validità e giustizia e la distinzione tra il metodo sociologico ed il metodo della scienza del diritto.

L'altro testo da cui Bobbio prende spunto per l'elaborazione di una teoria composita del positivismo giuridico è *Il positivismo giuridico inglese, Hobbes, Bentham, Austin* di M.A. Cattaneo nel quale vengono elencati tre significati di positivismo giuridico.

Cattaneo distingue tre momenti dell'attività del giurista positivista, quali: 1) la conoscenza del diritto positivo; 2) l'applicazione del diritto positivo ai casi controversi; 3) la produzione legislativa, ovvero l'opera del giurista in quanto scienziato del diritto, in quanto giudice, in quanto legislatore.

I primi due punti descrivono la teoria gius-positivistica come quella specifica teoria che distingue il diritto effettivamente esistente dal diritto ideale. In altre parole, Cattaneo evidenzia come primo elemento fondamentale del positivismo giuridico la separazione tra diritto e giustizia, cioè tra diritto esistente e ideologica politica. Il terzo aspetto, invece, riguarda i presupposti etici del positivismo giuridico, cioè la tendenza alla negazione di valori assoluti ed oggettivi nella produzione ed applicazione del diritto e la conseguente relativizzazione dei valori.

I tre elementi descritti da Cattaneo riscontrano nell'analisi di Bobbio pareri discordanti; i primi due punti rappresentano due aspetti coerenti con la teoria del positivismo giuridico,

qualificazione normativa e di classificarla nel sistema" Norberto Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pag. 74.

idonei, dunque, a ergersi simbolo della teoria gius-positivistica. Il relativismo etico, invece, pur essendo un tratto diffuso tra i giuristi positivisti è una mera tendenza, ma non un elemento intrinseco e necessario del positivismo giuridico.

Il relativismo etico non riuscirebbe da solo a rappresentare la cultura gius-positivistica, ma sarebbe un aspetto meramente diffuso che gioca come contrasto dell'assolutizzazione oggettiva dei valori propria della cultura giusnaturalistica.²⁷ Escluderlo come elemento intrinseco della teoria del positivismo giuridico non significa disperdere l'importanza ideologica del relativismo etico nella scelta per la teoria gius-positivista; la connessione del relativismo etico con la metodologia gius-positivista sarà analizzata nelle pagine successive della ricerca.

Bobbio trae spunto dal testo di Cattaneo per elaborare una propria analisi della teoria gius-positivistica, distinguendo tre differenti aspetti del positivismo giuridico: in quanto metodo, in quanto teoria ed in quanto ideologia. Questi tre aspetti, che si ricollegano alle scomposizioni teoriche precedenti, rappresentano tratti distintivi della corrente culturale, ma non sono necessariamente interconnessi o presenti contemporaneamente nelle teorie dei giuristi positivisti. Per metodo gius-positivista si fa riferimento ad un preciso approccio del giurista allo studio del diritto positivo, ovvero al metodo relativo al problema ontologico della filosofia del diritto, concernente la distinzione tra il diritto reale, positivo o effettivo ed il diritto ideale, naturale o extrasociale.

Il gius-positivista non nega la possibilità dell'esistenza di un diritto sovraordinato rispetto al diritto esistente e valido, ma nega la effettiva validità di tale diritto. Ciò che il gius-positivista rifiuta è la possibilità che un eventuale diritto sovraordinato o ideale possa essere 'compreso' dalla mente umana in maniera oggettiva, essendo posto al di fuori di ogni possibilità della nostra conoscenza.²⁸

L'unico diritto esistente è il diritto positivo, ovvero l'insieme di norme poste all'interno di un ordinamento giuridico secondo meccanismi formali di produzione. Una volta riconosciuto come esistente solo il diritto positivo, il giurista gius-positivista pone come oggetto della propria conoscenza teorica l'insieme delle norme prodotte all'interno dell'ordinamento. La dottrina normativista di derivazione kelseniana studia il diritto positivo, non per giudicarlo, ma per svelarne il funzionamento, rivelando i meccanismi formali di produzione fondanti l'ordinamento.

²⁷ "Dunque la prima e la seconda definizione sono caratterizzazioni sufficienti del positivismo giuridico; la terza è una caratterizzazione insufficiente, e quindi non serve a definire globalmente, come le altre due, il fenomeno che si vuol descrivere, ma, tutt'al più, uno dei suoi caratteri, e per giunta non essenziale o, per lo meno, essenziale, a quanto pare al positivismo giuridico nel secondo significato, cioè in quanto ideologia, non essenziale al positivismo giuridico nel primo significato, cioè in quanto metodo (.....) Ma allora non si vede con quale legittimità si possa chiamare una forma di positivismo giuridico il relativismo etico, il quale si contrappone al giusnaturalismo non per quello che quest'ultimo afferma sul primato del diritto naturale, ma per la difesa che esso fa dell'assolutezza dei valori. Il relativismo etico è insomma una teoria che combatte il diritto naturale sul piano della contrapposizione non già tra diritto naturale e diritto positivo, ma tra valori assoluti e relativi" Norberto Bobbio, *Sul positivismo giuridico*, Rivista di filosofia, 1962, pagg. 339-340.

²⁸ "Il giurista, che si professa positivista, non nega in genere che esista un diritto ideale, naturale, o razionale: nega semplicemente che sia diritto alla stessa stregua del diritto positivo, lasciando intendere che proprio il carattere che lo distingue dal diritto positivo, il fatto cioè di non essere vigente, è quello che esclude l'interesse a farne un oggetto di ricerca scientifica." Norberto Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pag. 89

Ne consegue una netta distinzione tra l'azione di valutazione dell'ordinamento e la mera descrizione strutturale che derivano dalla distinzione tra la nozione di diritto e quella di giustizia, tra l'azione scientifica e la valutazione politica. Sebbene questa distinzione sia una caratteristica di tutti i giuristi gius-positivisti, la definizione della metodologia gius-positivistica deriva dagli schemi della dottrina pura del diritto.

Kelsen analizza dal punto di vista teorico la di giustizia, evidenziando i pericoli ideologici che tale nozione può esercitare nell'analisi dell'ordinamento giuridico. Kelsen non nega la possibilità che esista una giustizia sovraordinata, ma rileva l'impossibilità che essa possa essere oggetto di conoscenza scientifica del giurista, in quanto valore assoluto e irrazionale.²⁹ Se la giustizia non può essere compresa in maniera oggettiva dalla mente umana ne consegue l'impossibilità di porla come parametro di riferimento per valutare, con criterio scientifico, l'ordinamento giuridico. Ciò non significa che si esclude in maniera assoluta la possibilità di valutare l'ordinamento giuridico; il problema è la volontà di attribuire alla teoria del diritto un criterio scientifico. Il vero tratto caratteristico della teoria gius-positivista, e nello specifico della dottrina kelseniana, è intendere la dottrina giuridica come una scienza.

L'estromissione della valutazione dell'ordinamento, attraverso una scala di valori, è propedeutica al raggiungimento del criterio scientifico nella teoria del diritto. Ne consegue che il positivismo giuridico metodologico descritto da Bobbio è incentrato su un approccio valutativo e neutrale della descrizione del funzionamento formale dell'ordinamento giuridico, lontano da ogni presa ideologica sui contenuti espressi dalle norme giuridiche. Il positivismo giuridico come teoria è il secondo aspetto descritto e analizzato dal filosofo torinese.

Se per descrivere l'approccio metodologico il riferimento principale implicito è Hans Kelsen, la descrizione del secondo aspetto fonda, prevalentemente, sul positivismo giuridico tradizionale scaturito dalla dottrina di Austin, che pone lo Stato come l'elemento centrale dell'ordinamento giuridico e la legge come la fonte principale per la qualificazione del fenomeno giuridico.

La teoria statalistica è descritta con caratteristiche molto simili alla teoria del volontarismo giuridico criticata negli anni giovanili e presenta i seguenti elementi: 1) la supremazia della legge nel quadro delle fonti giuridiche per la qualificazione del fenomeno giuridico; 2) la concezione dello Stato quale autorità suprema legiferante; 3) l'individuazione della coazione come elemento caratteristico e fondamentale per la definizione del diritto; 4) la considerazione dell'ordinamento giuridico quale sistema completo e coerente; 5) la teoria imperativistica come dottrina principale della teoria del diritto; 6) la considerazione dell'attività interpretativa quale attività meramente logica e formale.

²⁹ "Giustizia nel significato che le è proprio e che la differenzia dal diritto esprime però un valore assoluto. Il suo contenuto non può essere determinato dalla dottrina pura del diritto. Anzi, esso non è in alcun modo determinabile dalla conoscenza razionale, e ciò è ben dimostrato dalla storia dello spirito umano che da millenni si sforza inutilmente di risolvere questo problema. Infatti, la giustizia, che deve essere rappresentata come un ordinamento superiore che sta di fronte al diritto positivo e che è diverso da questo, nella sua validità assoluta sta al di là di ogni esperienza, così come l'idea platonica sta al di là della realtà o come la cosa in sé trascendente sta al di là dei fenomeni." Hans Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 2000, pag. 57.

Questi diversi elementi li ritroviamo prevalentemente nel positivismo giuridico tradizionale, ma sono presenti, in diverse forme, anche nelle teorie più moderne del positivismo giuridico novecentesco.

In Kelsen, ad esempio, è presente un'attenzione centrale per l'elemento della coazione, ma la sua teoria del diritto non è imperativistica, incentrata sull'identificazione tra norma e comando. Kelsen presenta la norma giuridica come giudizio ipotetico, espressione di una relazione tra un fattore condizionante ed un fattore condizionato.³⁰

In Kelsen più che una concezione stato-centrica, vi è una concezione normo-centrica, fondata sulla priorità della norma giuridica come elemento fondamentale per comprendere il fenomeno giuridico.

Il terzo ultimo aspetto del positivismo giuridico è rappresentato dall'aspetto ideologico della dottrina gius-positivista. Tale aspetto è, forse, quello più importante del discorso di Bobbio, la cui analisi consente di affrontare meglio le critiche subite dal positivismo giuridico. La dottrina gius-positivista è stata molte volte accusata di ideologismo; con quest'espressione si fa riferimento alla tendenza gius-positivista di espellere la trattazione dei valori dalla propria dottrina.

L'espulsione della politica dalla scienza giuridica è stata interpretata nel segno opposto, ovvero come una forma di conservatorismo nei confronti del regime. Tale interpretazione si fonda sul 'legalismo etico', ovvero su quella particolare teoria dell'obbedienza che prescrive il dovere di obbedire alla legge in dipendenza della sua origine statale. Bobbio non nega che il positivismo giuridico possa essere portatore di questo tipo di ideologia, ma, pur affermandone l'esistenza, ne distingue due tipi: un tipo radicale ed un tipo moderato. Il dovere di obbedienza nei confronti della legge sarebbe, quindi, una caratteristica di una parte del positivismo giuridico, non dell'intera corrente culturale.

L'ideologia radicale del positivismo giuridico consiste nel legalitarismo, cioè nel culto della legalità come dogma inderogabile; tale forma di ideologia radicale impone un dovere di fedeltà incondizionato alla legge. L'ideologia moderata non prescrive un'obbedienza incondizionata alla legge, ma esprime un generico dovere di obbedienza subordinato alla presenza di determinati valori, quali l'ordine, la pace, la certezza del diritto. Ne consegue che l'ideologia radicale esclude qualsiasi tipo di condizionamento politico o ideologico che possa mettere in discussione l'obbedienza alla legge; al contrario, l'ideologia moderata sollecita il dovere di obbedienza solo se i suoi contenuti sono portatori di determinati valori o principi. L'ideologia moderata, a differenza di quella radicale, non costruisce l'obbedienza alla legge come un dogma religioso, ma la subordina alla presenza di determinati elementi empirici.³¹

³⁰ "La legge natura stabilisce che, se A è, B è (o sarà). La regola di diritto dice: se A è, B deve essere. La regola di diritto è una norma (nel senso descrittivo del termine). Il significato del collegamento stabilito fra due elementi della legge naturale è dato dall'essere, mentre il significato del collegamento fra due elementi stabiliti dalla regola di diritto è dato dal dover essere. Il principio in base al quale la scienza del diritto descrive il suo oggetto è la normatività." Hans Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., pag. 46.

³¹ Bisogna distinguere la dottrina che fonda l'obbligo morale di ubbidire alle leggi positive sull'affermazione che le leggi positive sono giuste in quanto tali, dalla dottrina che fonda il medesimo obbligo sull'affermazione che leggi positive, giuste o ingiuste, buone o cattive che siano, sono da ubbidire, perché servono ad attuare valori senza i quali nessuna società potrebbe sopravvivere, come l'ordine, la pace, la certezza, in genere la

La teoria dell'obbedienza e la questione ideologica del positivismo giuridico sono tematiche complesse, oggetto di pagine e pagine di letteratura filosofico-giuridica. Bobbio, pur descrivendo due tipi di ideologia gius-positivistica, ritiene che quella radicale sia, in realtà, molto rara; l'unico esempio che riporta di questa particolare forma di ideologia è la teoria di Thomas Hobbes, considerato, in tanti scritti di Bobbio, il vero precursore del positivismo giuridico. Bobbio, nel saggio *Formalismo giuridico e formalismo etico* del 1954, compie un parallelo tra la dottrina di Thomas Hobbes e quella di Kelsen, con lo scopo di evidenziare la differente ideologia che coinvolge le due dottrine. La teoria di Hobbes sarebbe caratterizzata da un vero culto per la figura del legislatore: i consociati hanno il dovere di obbedire alle leggi del Leviatano, poiché solo esse sono in grado di mantenere l'ordine e la pace. Osservare le leggi del Leviatano rappresenta un dovere quasi assoluto, presentato, però, come ideologicamente giusto per il raggiungimento della pace.³²

In Hobbes non vi alcun aspetto sotteso: la teoria è strettamente connessa con l'aspetto ideologico dell'obbedienza. Si può, forse, rilevare che la sua teoria, in riferimento alla distinzione descritta da Bobbio, è a metà tra l'ideologia radicale e quella moderata; viene, infatti, professata una fedeltà quasi religiosa nei confronti dello Stato, ma vi è comunque una subordinazione al valore della pace. L'obbligo di obbedire alla legge può essere derogato qualora il Leviatano non riuscisse a garantire la sicurezza dei consociati.³³ La teoria di Hobbes è un esempio del formalismo etico, nonché dell'ideologia radicale del positivismo giuridico, l'emblema di una concezione legalistica della giustizia.

La teoria di Kelsen è posta in parallelo a quella di Hobbes, ma non per rappresentare una forma di ideologia moderata gius-positivistica, quanto più per mostrare l'obiettivo di depurazione ideologica della dottrina kelseniana. La teoria di Kelsen non formula una teoria dell'obbedienza, anzi se ne disinteressa completamente. I motivi che spingono i consociati ad obbedire sono molteplici, relativi a questioni sociologiche, poste al di fuori della scienza del diritto.³⁴

giustizia legale. La prima è costretta a sostenere un obbligo incondizionato di obbedire alle leggi, dal momento che non riconosce valori diversi e superiori a quelli accolti dalla legge, e fa delle leggi l'ultimo insuperabile criterio del bene e del male." Norberto Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pag. 97.

³² "In Hobbes questo nesso è chiarissimo: posto che il fine a cui mirano gli uomini con un ordinamento giuridico è la pace importa non tanto che la legge stabilisca questo o quello, ma che leggi vi siano, e siano ubbidite. Nell'opera politica di Hobbes non si trovano ideali etici a cui le leggi dovrebbero ispirarsi, ma la elaborazione di un meccanismo giuridico efficiente che, qualunque siano i principi etici ispiratori, possa servire all'instaurazione dell'ordine." Norberto Bobbio, *Studi sulla teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1955, pag. 157.

³³ "Anche nel sistema hobbesiano, in cui è giusto ciò che è comandato dal sovrano, la ragione dell'obbedienza viene meno quando le leggi, invece di assicurare la realizzazione del fine per cui sono state poste, la protezione della vita individuale, lo mettono a repentaglio." Norberto Bobbio, *Studi sulla teoria generale del diritto*, cit., pag. 97.

³⁴ È difficile giudicare se il comportamento umano conforme all'ordinamento giuridico sia realmente l'effetto della rappresentazione che suscita la minaccia dell'atto coattivo. In molti casi certamente sono motivi completamente diversi quelli che producono quella situazione a cui mira il diritto. Non è sempre il timore della pena e dell'esecuzione ciò che provoca una concordanza fra diritto e realtà; sono tali anche motivi religiosi e morali, riguardi verso il costume sociale, timori per la condanna sociale, e molto spesso la mancanza di ogni incentivo per un comportamento contrario al diritto. (...) Questa dottrina non considera infatti lo scopo che viene perseguito e raggiunto per mezzo dell'ordinamento giuridico, ma considera soltanto l'ordinamento

L'intento della dottrina kelseniana è elaborare un criterio scientifico, occupandosi solo del funzionamento formale del diritto, estromettendo qualsiasi elemento ideologico o sociologico.³⁵ Una cosa è descrivere il funzionamento dell'ordinamento giuridico, altro è prescrivere un dovere di obbedienza alle leggi prodotte da tale ordinamento.

Nel discorso di Bobbio, la dottrina di Kelsen è descritta come esempio della forma più 'pura' del positivismo giuridico. L'ideologia radicale o moderata del positivismo giuridico non riguarda la teoria di Kelsen, poiché essa non si interessa di orientare i consociati a seguire ideologicamente un valore politico rispetto ad un altro; la dottrina kelseniana pone la purezza come obiettivo metodologico della propria dottrina. Il dovere di obbedienza verso lo Stato e l'esaltazione della volontà del legislatore sono elementi ideologici che possono scorgersi in alcune teorie gius-positiviste, quali quella di Hobbes o di Austin o di altri autori del positivismo giuridico tradizionale.

Bobbio, nel saggio *La teoria pura del diritto ed i suoi critici* del 1954, evidenzia, a più riprese, come l'errore di molti critici di Kelsen sia di non aver compreso l'obiettivo scientifico della teoria pura del diritto e di aver interpretato la lotta contro le ideologie come una qualsiasi forma di conservatorismo.

Solo alcune teorie gius-positivistiche sono portatrici di un'ideologia nella loro teoria; la teoria di Kelsen, che rappresenta la 'quint'essenza del positivismo giuridico', è scevra da un tale obiettivo esplicito.

Sarebbe, altrettanto scientificamente inammissibile dipingere il positivismo ideologico come la teoria del diritto che ha contribuito all'avvento dei totalitarismi. L'accusa di ideologismo del positivismo giuridico è stata, più volte, accompagnata dall'idea che la teoria gius-positivistica avrebbe contribuito alla creazione dei totalitarismi. L'espulsione della giustizia dalla dottrina giuridica e l'attenzione al tema della forza coattiva sarebbero gli elementi responsabili di aver aperto la strada alla nascita degli autoritarismi politici.

Bobbio, a questo proposito, chiarisce che storicamente i postulati etici del positivismo giuridico coincidono con quelli dello Stato di diritto, in completa opposizione ad ogni tipo di autoritarismo.

Il principio di legalità, la certezza del diritto, la coerenza dell'ordinamento giuridico sono principi provenienti dalla cultura gius-positivistica, volti a porre un freno all'arbitrio dell'autorità in nome dell'uguaglianza formale dei consociati di fronte alla legge.³⁶

giuridico stesso; e considera questo ordinamento nell'autonomia normativa propria della sua struttura e non già relativamente a questo suo scopo e quindi come possibile causa di un determinato effetto, dato che la relazione di mezzo a fine è soltanto un caso particolare del rapporto casuale" Hans Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., pag. 71.

³⁵ "Mentre Hobbes costruisce una concezione legalistica della giustizia il Kelsen elabora, almeno nella parte principale della sua opera, una teoria formale del diritto. Hobbes esemplifica il formalismo etico, Kelsen esemplifica meglio il formalismo giuridico. L'opera del Kelsen è principalmente opera di scienziato, di teorico, e non di moralista o politico, e il suo scopo è di elaborare una teoria scientifica, non di prescrivere ideali morali o politici, al contrario di quel che aveva in mente Hobbes il quale mirava alla difesa dello stato assoluto." Norberto Bobbio, *Studi sulla teoria generale del diritto*, cit., pag. 158.

³⁶ "Infine per quel che riguarda il rapporto tra ideologia del positivismo giuridico e dittatura, è strano come si tenda facilmente a dimenticare che i postulati etici del positivismo giuridico, il principio di legalità, l'ordine come fine principale dello stato, la certezza come valore del diritto, siano stati elaborati nel XVIII dalla dottrina liberale, da Montesquieu a Kant, per porre argine al dispotismo, cioè come freni all'arbitrio del principe, come

L'esaltazione dello Stato è un aspetto tipico del positivismo giuridico tradizionale e non delle forme più moderne della teoria gius-positivistica. In Hobbes può riscontrarsi una esaltazione dello Stato così come in Austin una visione imperativistica del diritto fondata prevalentemente sulla forza, ma la teoria di Kelsen, come dallo stesso puntualizzato in più di una circostanza, si oppone alla tradizione imperativistica dell'Austin.³⁷

La sua dottrina, infatti, studia la norma nella sua essenza, dal punto di vista formale, sgombra da ogni elemento psicologico, ridimensionando l'elemento della volontà, preoccupandosi di descrivere esclusivamente le connessioni logico-formali dell'ordinamento giuridico.³⁸

La teoria di Kelsen, anziché esaltare la forza dello Stato, si spingerà ben oltre fino a ricondurre il concetto di Stato a quello di ordinamento giuridico, negando la possibilità che possa esistere un concetto "non giuridico" di Stato. In questo modo, lo Stato, descritto dal punto di vista giuridico, diventa la presupposizione di qualsiasi teoria sociologia di Stato.³⁹ Anche la sua teoria delle fonti è assolutamente progressista ed in opposizione alla dottrina tradizionale, arrivando oltre che a distinguere le norme generali dalle norme individuali, anche a ridimensionare la distinzione tra la creazione della norma e la sua applicazione.⁴⁰

difesa della libertà individuale contro lo strapotere del potere esecutivo, come garanzia di eguaglianza di trattamento contro i privilegi." Norberto Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pag. 98.

³⁷ "Austin non usa questo concetto e non prende in considerazione la differenza fra <essere> e <dover essere>, che costituisce la base del concetto di norma. Egli definisce il diritto come <regola> <rule> e la regola come <comando>. Egli dice: "Ogni legge o regola...è un comando. O più precisamente, le leggi o regole propriamente dette sono specie di comandi. Un comando è l'espressione della volontà di individuo diretta alla condotta di un altro individuo. (...) Per queste ragioni le regole giuridiche, che secondo Austin costituiscono il diritto, non sono in realtà dei comandi. Esse esistono, cioè, sono valide e obbligano gli individui, anche quando la volontà che le ha create da tempo ha cessato di esistere. Si può dire inoltre che è dubbio se alcuni casi in cui esistono obblighi giuridici il comportamento determinato da questi abbia mai rappresentato la volontà reale di qualcuno" Hans Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., appendice, pag. 187.

³⁸ "Un giurista che desideri accertare l'esistenza di una legge non cercherà affatto di provare l'esistenza di fenomeni psicologici. L'esistenza di una norma giuridica non è un fenomeno psicologico. Un giurista considera una legge esistente anche quando quegli individui che l'hanno creata non ne vogliono più il contenuto, e persino quando nessuno ne vuole più il contenuto, o almeno nessuno di coloro che erano competenti a creare la legge con i loro atti di volontà. È quindi possibile, e spesso, si verifica effettivamente che una legge esista, mentre coloro che l'avevano creata sono morti da tempo e non sono più in grado di avere una volontà qualsiasi. La legge vincolante non può essere quindi la volontà nella mente degli individui che la fanno, anche se fosse stato necessario un atto reale di volontà per fare la legge." Hans Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., pag. 33.

³⁹ "Lo stato non è un'azione o un certo numero di azioni, così come non è neppure un essere umano o un certo numero di esseri umani. Lo Stato è quell'ordinamento del comportamento umano che chiamiamo ordinamento giuridico, l'ordinamento verso il quale sono orientate certe azioni umane, l'idea a cui gli individui adattano il loro comportamento. Se il comportamento umano orientato verso questo ordinamento forma oggetto della sociologia, allora il suo oggetto non è lo Stato. Non vi è alcun concetto sociologico dello Stato al di fuori del concetto giuridico. Un simile duplice concetto dello Stato non è logicamente possibile, se non altro perché non vi può essere più di un concetto dello stesso oggetto. Vi è solo un concetto giuridico dello stato: lo stato come ordinamento giuridico (accentrato)." Hans Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., pag. 193.

⁴⁰ "La creazione del diritto è sempre un'applicazione del diritto, Questi due concetti non sono affatto in assoluta opposizione tra loro, come presume la dottrina tradizionale. Non è del tutto esatto classificare gli atti

Secondo il giurista austriaco la norma individuale è la sentenza giudiziaria prodotta dai tribunali per risolvere le controversie e rappresenta a tutti gli effetti una fonte del diritto.

A suo giudizio, discutere della funzione creativa o applicativa del giudice è una controversia teorica inutile: la funzione giudiziaria è sia creazione sia applicazione del diritto, concorrendo al processo di individualizzazione e concretizzazione, connettendo l'astratto con l'elemento particolare.⁴¹ In questo modo, è simbolo della teoria gius-positivistica più progressista, ben lontana dall'accettazione dell'interpretazione meccanica proveniente dalla scuola dell'Esegesi.⁴² Da questi pochi esempi si comprende tutta l'importanza della dottrina kelseniana assume per le riflessioni teoriche di Bobbio, poiché essa confuta da sola le critiche rivolte verso l'intera teoria gius-positivistica: la faziosità del positivismo giuridico, il suo ideologismo sono elementi da attribuire ad una parte della teoria gius-positivistica che non ha niente a che fare con la forma più compiuta del positivismo giuridico, ovvero la teoria di Hans Kelsen.

I tre aspetti descritti da Bobbio sono una sintesi semplicistica di alcuni tratti fondamentali della teoria gius-positivistica e riescono nello scopo di aprire una riflessione sull'intera dottrina del positivismo giuridico. Il positivismo giuridico, soprattutto nelle critiche dei suoi detrattori, è presentato unitariamente, come se esistesse un'unica teoria gius-positivistica o come se fosse possibile riscontrare gli stessi tratti in più diverse teorie; l'intento della scomposizione di Bobbio è proprio quella di evidenziare la varietà delle teorie gius-positivistiche e la eterogeneità dei contenuti.

L'aspetto metodologico rappresenta il tratto maggiormente distintivo di una teoria gius-positivistica, mentre quello teorico o ideologico variano a seconda delle dottrine degli autori. Come si può facilmente riscontrare, tra i diversi autori, Kelsen ricopre una posizione di primo piano negli studi di Bobbio, rappresentando la teoria 'più gius-positivista di tutte'. La scomposizione del positivismo giuridico è il primo passo per una sua revisione e riforma; la teoria kelseniana, come si vedrà nelle pagine successive della presente ricerca, rappresenta il punto di premessa di tale rinnovamento.

giuridici come atti creativi ed applicativi del diritto; infatti, se di eccettuano due casi limite di cui parleremo in seguito, ogni atto è normalmente creativo ed applicativo del diritto al tempo stesso. La creazione di una norma giuridica è, normalmente, un'applicazione di una norma superiore, che regola tale creazione, e l'applicazione di una norma superiore è, normalmente la creazione di una norma inferiore determinata dalla superiore." Hans Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., pag. 193.

⁴¹ "La funzione giudiziaria è così, al pari della legislazione, tanto creazione quanto applicazione del diritto. La funzione giudiziaria è di solito determinata dalle norme generali, sia relativamente al procedimento, sia relativamente al contenuto delle norme da crearsi, mentre è di solito determinata dalla costituzione soltanto sotto il suo primo aspetto. (...) Le leggi formali e consuetudinarie sono, per così dire, soltanto dei prodotti semilavorati, che vengono finiti soltanto attraverso la decisione giurisdizionale e la sua esecuzione. Il procedimento attraverso il quale il diritto ricrea costantemente sé stesso va dal generale e dall'astratto all'individuale e al concreto. È un processo di individualizzazione e concretizzazione sempre maggiore." Hans Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., pagg. 136-137.

⁴² "La creazione di diritto da parte del giudice, prima di essere un'esigenza, che potrebbe condurre a desiderare di modificare il sistema, è una realtà entro lo stesso sistema, contro la quale gli argomenti etici si spuntano come le frecce contro un muro. Anche i più fedeli e ortodossi sostenitori del positivismo giuridico non hanno potuto far altro che prendere atto di questa realtà: la teoria meccanicistica dell'interpretazione è quasi del tutto abbandonata. Lo stesso Kelsen ha dato il buon esempio." Norberto Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pag. 101.

5. *La difesa del positivismo giuridico metodologico e le riflessioni sul principio di effettività*

Uno dei risvolti teorici più rilevanti di *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* è la distinzione dei differenti aspetti della teoria del positivismo giuridico.

La scomposizione del positivismo giuridico in tre differenti momenti ha lo scopo di evidenziare la complessità della teoria gius-positivista e l'eterogeneità dei contenuti delle differenti teorie appartenenti alla stessa corrente culturale. Se si compie lo stesso lavoro anche solo su un singolo autore, il risultato è lo stesso: non è possibile desumere un'unica teoria sul fenomeno giuridico, basti pensare alle periodizzazioni di Kelsen o alle tre fasi di Bobbio.

I tre aspetti distinti da Bobbio sono sicuramente collegati, ma in alcun modo interdipendenti. Può esserci un approccio metodologico gius-positivista e non una teoria statalista; oppure una teoria statalista, ma non un'ideologia fondata sul legalismo etico. Insomma, questi tre aspetti possono coesistere all'interno di una stessa teoria del diritto, ma può anche rilevarsi la presenza di solo di uno di essi e l'assenza degli altri.

Dalla ricerca di Bobbio consegue che l'aspetto teorico e l'aspetto ideologico del positivismo giuridico possono essere 'sintomo' di una dottrina gius-positivista, ma non il tratto distintivo della corrente culturale. In altre parole, l'aspetto teorico e l'aspetto ideologico possono essere elementi coesistenti all'aspetto metodologico, ma la loro assenza non cambia la natura di dottrina gius-positivistica di una determinata teoria. Una dottrina statalista e il legalismo etico, per esempio, possono essere presenti in una teoria del diritto gius-positivistica, ma potrebbero anche non esserci; l'assenza di questi due elementi è secondario rispetto all'aspetto metodologico. Il vero tratto distintivo della teoria del positivismo giuridico è il metodo utilizzato dal gius-positivista, e non la teoria o l'ideologia elaborata dalla propria dottrina.

L'aspetto teorico e ideologico descritti da Bobbio sono elementi secondari che non riguardano l'essenza della corrente culturale del positivismo giuridico; questi due aspetti sono descritti come delle mere tendenze dei giuristi del positivismo giuridico. L'aspetto che, invece, risulta determinante per individuare una teoria gius-positivista, è la sua metodologia.

Il metodo del positivismo giuridico ha delle caratteristiche precise che lo distinguono da qualsiasi altra corrente culturale. Tale metodo consiste nell'apposizione del diritto positivo, quale oggetto esclusivo di conoscenza della teoria generale del diritto e tale aspetto costituisce la vera caratteristica strutturale della teoria del positivismo giuridico. Una teoria può non essere statalista, come non prescrivere una determinata forma di obbedienza, ma risultare sempre appartenente al positivismo giuridico; se, invece, una qualsiasi teoria del diritto non individua il diritto positivo come oggetto della propria conoscenza, essa non può definirsi gius-positivista.

La metodologia gius-positivista, ponendo il diritto positivo come unico oggetto di conoscenza della propria teoria, esclude dalla propria dottrina qualsiasi riferimento a elementi metafisici o trascendenti. I giuristi teorici del positivismo giuridico non cercano di elaborare un diritto ideale, necessariamente giusto, posto al di fuori della conoscenza empirica; il positivismo giuridico si preoccupa di studiare solo il funzionamento del diritto esistente. La conseguenza della distinzione tra il diritto esistente ed il diritto ideale comporta sul piano metodologico un approccio esclusivamente descrittivo e non valutativo del diritto positivo, che trova nella dottrina kelseniana il suo punto più radicale.

Il giurista gius-positivista descrive il funzionamento del diritto positivo, senza giudicarlo, evitando valutazioni di carattere ideologico. In buona sostanza, tale approccio metodologico consiste nella descrizione delle caratteristiche del diritto positivo e non nell'elaborazione del miglior sistema giuridico possibile.

Bobbio, in *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, ricorre al parallelo con il lavoro del linguista per spiegare in cosa consiste tale tipo di approccio: così come il linguista pone come oggetto della propria conoscenza scientifica il linguaggio parlato, analogamente il giurista si preoccupa dello studio del diritto effettivamente esistente.⁴³

Tale tipo di metodologia, fondata sulla distinzione tra diritto ideale e diritto positivo, trova nella dottrina kelseniana il suo punto di coerenza teorica più alto. La dottrina pura del diritto fonda la propria teoria sulla separazione tra diritto e morale e sulla definizione della giustizia quale elemento irrazionale, inaccessibile alla conoscenza umana. La dottrina pura del diritto, oltretutto evidenzia l'infondatezza scientifica del diritto naturale, critica anche i rimasugli giusnaturalistici del positivismo giuridico tradizionale, portando la metodologia gius-positivista alle sue estreme conseguenze. Kelsen conduce la metodologia del positivismo giuridico ad un punto più alto che, forse, in *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* non è accuratamente evidenziato: la dottrina kelseniana fonda la propria metodologia non solo sullo studio del diritto positivo, ma su una precisa tecnica di studio del diritto positivo.

Non basta apporre il diritto positivo quale oggetto di conoscenza della teoria del diritto, occorre approcciare a tale studio in un modo autonomo che consente di distinguere la teoria del diritto da tutte le altre discipline. Secondo, infatti, la descrizione della metodologia gius-positivista fatta da Bobbio, si potrebbero considerare come teorie gius-positiviste anche la sociologia del diritto o il realismo americano che elaborano uno studio empirico del diritto, rifiutando elementi di natura trascendente o metafisici.

Kelsen, al contrario, fonda la propria dottrina su una precisa metodologia: studiare il diritto positivo partendo dalla norma giuridica ed analizzare il diritto come sistema di proposizioni giuridiche, attraverso il principio di imputazione, evitando ogni tipo di sincretismo metodologico.

⁴³ "L'esempio del linguista è calzante: il linguista, sia che si occupi di lingue morte, sia che si occupi di lingue vive, considera il linguaggio quello effettivamente parlato, non importa se esso sia barbaro o raffinare, volgare o colto. Alle soglie della ricerca lo scienziato depone i giudizi di valore. Così per quel che riguarda il diritto, non si vede perché quel che si ammette senza difficoltà per la storia del diritto non si debba ammettere per lo studioso di un diritto vigente, cioè che è diritto, e quindi oggetto di ricerca della scienza giuridica, il diritto giusto quanto quello ingiusto. Tutti ammettono questo punto di partenza? Vuol dire che tutti sono positivisti." Norberto Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pag. 103.

Ne consegue che, secondo la dottrina kelseniana, la sociologia del diritto o la giurisprudenza sociologia non possono definirsi come scienze normative, in quanto studiano il diritto come un fatto naturale, tramite il principio di causalità, abbandonando la categoria del dover essere come modo esclusivo di percepire il diritto.

In *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* questo preciso punto non è marcatamente evidenziato nella descrizione dei tre aspetti del positivismo giuridico. Questo punto costituisce anche la differenza forse più grande tra una semplice dottrina gius-positivista e la dottrina di Kelsen, che porta la metodologia gius-positivista ad un livello mai sperimentato prima. Non si può pensare che sia stata una semplice svista di Bobbio; dal 1949 il normativismo kelseniano, fondato sullo studio del principio di imputazione, è in larga parte condiviso da Bobbio. La distinzione tra il metodo sociologico ed il metodo normativo, è ripresa da Bobbio in vari suoi saggi, basti ricordare il saggio *La teoria generale del diritto di Jean Haesaert*, nel quale l'autore dimostra di aver recepito pienamente la teoria kelseniana sulla metodologia della scienza normativa.

L'assenza di tale precisazione nella descrizione dell'aspetto metodologico può essere spiegata per il linguaggio sintetico portato avanti in *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* che si limita a riassumere le differenti tendenze del positivismo giuridico e non solo la metodologia propria del normativismo giuridico. La metodologia normativista di derivazione kelseniana è più complessa dell'aspetto metodologico descritto da Bobbio relativamente al positivismo giuridico: i due aspetti non coincidono del tutto e non sono sovrapponibili. In Kelsen non vi è la possibilità di elaborare una teoria del diritto diversa dalla metodologia descritta nella dottrina pura del diritto: una teoria del diritto, per essere scienza, deve studiare il fenomeno giuridico secondo lo schema normativista fondato sul principio di imputazione. Non basta porre il diritto positivo come oggetto della propria conoscenza, occorre un modo specifico di studiarlo. Bobbio, pur condividendo la dottrina normativista, in *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* vuole sintetizzare e includere nell'approccio metodologico gius-positivista anche diverse metodologie; per tali motivi, l'autore rintraccia come punto caratteristico dell'intero positivismo giuridico metodologico la distinzione tra il diritto positivo ed il diritto ideale, che rappresenta, inoltre, il tratto più facile da opporre alla cultura giusnaturalistica.

Ad ogni modo, sia l'aspetto metodologico descritto da Bobbio che il metodo normativista di Kelsen, confluiscono verso la stessa conclusione, ovvero l'esclusione della politica dalla teoria del diritto. Questo elemento, però, è raggiunto nella sua forma più radicale prevalentemente nella dottrina kelseniana, diversamente, ad esempio, dal positivismo giuridico tradizionale. Si può, quindi, rilevare come il discorso di Bobbio sia in parte un po' caotico, perché a volte fa coincidere l'intero metodo gius-positivista con la metodologia kelseniana, e a volte no.

Ciò è dovuto sicuramente anche alla difficoltà di intraprendere un'analisi dell'intera teoria gius-positivistica che tenga insieme differenti tendenze, soprattutto quando si possiede una esplicita preferenza per la dottrina kelseniana.

Ad ogni modo, l'avalutatività scientifica è un tratto prevalente soprattutto della dottrina kelseniana, che si fonda, però, sull'esclusione dalla teoria del diritto di elementi metafisici o trascendenti, comune a tutta la cultura gius-positivistica. Il problema della neutralità della scienza giuridica è una questione complessa ed uno dei principali oggetti di dibattito sulla

dottrina kelseniana e, in generale, su tutta la cultura gius-positivistica. La descrizione del fenomeno giuridico, sgombrato da valutazioni politiche e ideologiche, è stata fortemente criticata poiché genera un *vulnus* teorico sulle questioni filosofiche più divisive, ovvero il problema del fondamento del diritto e della legittimazione dell'ordinamento giuridico.

La dottrina kelseniana, sulla questione relativa al fondamento dell'ordinamento giuridico, fornisce una delle teorie maggiormente accreditate e discusse, ovvero la teoria del principio di effettività, ritenuta di responsabile di aver ridotto il diritto a forza.⁴⁴

Il rapporto tra diritto e forza rappresenta uno dei problemi centrali non solo del positivismo giuridico, ma dell'intero orizzonte della filosofia del diritto.

Tale questione, però, è particolarmente cruciale per il positivismo giuridico; il gius-positivismo, infatti, a differenza del giusnaturalismo, non fornisce una risposta trascendente o metafisica sulla origine del diritto. Il giusnaturalismo riesce a fornire varie risposte al fondamento del diritto, ricollegandolo ora ad un'origine divina, ora ad una ragione universale, ora ad altri elementi extrasociali; il positivismo giuridico, al contrario, volendo analizzare il diritto solo dal punto vista scientifico, rinuncia ad ogni piano metafisico o irrazionale, senza oltrepassare il piano empirico-fattuale del diritto. Ne consegue una ricaduta sul piano della giustizia dell'ordinamento; il giusnaturalismo, ponendo la giustizia a criterio di validità delle norme giuridiche, scioglie facilmente la questione sulla legittimità di un atto giuridico: Se l'atto in questione è conforme ai parametri ideali di giustizia, allora l'atto sarà valido; in caso di difformità, l'atto giuridico risulterà invalido.

Nelle teorie gius-positivistiche, non essendoci un'idea di giustizia quale condizione della validità della norma, la questione diviene più complessa. La scienza giuridica gius-positivistica novecentesca, aderendo alla neutralità della teoria generale del diritto, risulta indifferente al problema della giustizia dell'ordinamento. Tale indifferenza ha comportato l'accusa verso la teoria del positivismo giuridico, ritenuta responsabile di aver lasciato la legittimazione del diritto ai rapporti di forza, avendo così contribuito alla formazione dei regimi autoritari.

La dottrina kelseniana, attribuendo al principio di effettività un peso rilevante per la legittimazione dell'ordinamento giuridico, è stata anch'essa additata come responsabile di tale riduzionismo. Tale questione e la sua ricaduta nella teoria di Bobbio saranno affrontate approfonditamente nelle pagine seguenti; quel che qui occorre evidenziare è come Bobbio interpreti la questione in *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, durante gli anni di crisi del positivismo giuridico.

A questo proposito, bisogna rilevare che la scomposizione dei tre aspetti del positivismo giuridico consente di separare la teoria dall'aspetto metodologico. Il riferimento al principio di effettività, giusto o meno che sia, è un aspetto relativo alla teoria kelseniana, non capace di confutare gli aspetti legati al metodo della scienza giuridica.

Bobbio, ribadendo l'approccio valutativo ed antiideologico della dottrina normativista, evidenzia che ogni riferimento al principio di effettività non può essere ritenuto un

⁴⁴ "Ammettiamo, dice il giusnaturalista impenitente, che un sistema di diritto vigente sia un sistema di fatti storici, e che quindi occorra partire da considerazioni fattuali: ma queste considerazioni fattuali non sono sufficienti a dare una giustificazione del diritto o perlomeno l'unica giustificazione che esse sanno dare è quella che riduce il diritto a forza." Norberto Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pag. 103.

portatore ideologico di un'idea autoritaria del diritto. La rilevanza della efficacia del diritto sulla validità dell'ordinamento giuridico, descritto dalla dottrina di Kelsen, costituisce un mero fatto che non può essere interpretato come portatore di valore ideologico. Anzi, il riferimento al principio di effettività è interpretato come la conseguenza proprio della metodologia antiideologica della dottrina kelseniana.⁴⁵

Inoltre, evidenziare l'importanza del principio di effettività riguardo all'esistenza ed alla validità del diritto non significa ridurre il diritto a forza, in quanto l'effettività del diritto discende, oltre che dall'utilizzo della coercizione fisica con l'applicazione della legge, anche dall'obbedienza spontanea o dal consenso.⁴⁶ Porre il principio di effettività come condizione della validità delle norme giuridiche non significa affermare ideologicamente una visione autoritaria del diritto; le conclusioni sul principio di effettività evidenziano, sul piano della ricerca scientifica, la connessione tra il piano di produzione formale delle leggi e la loro concreta efficacia e applicazione. In altre parole, vuol dire evidenziare la connessione tra il piano dell'esser e quello del dover essere.

Il richiamo al principio di effettività non corrisponde ad un'esigenza di introdurre un valore ideologico per attribuire fondamento al diritto, ma rappresenta un modo di descrivere, sul piano scientifico, la dinamicità dell'ordinamento giuridico; il piano della descrizione è un piano separato e distinto dal piano ideologico.⁴⁷ La soluzione di Kelsen è interpretata quale soluzione della dottrina gius-positivistica di individuare un fondamento all'ordinamento giuridico, scevro da elementi metafisici e ideologicamente orientati: "qui il problema è uno solo: si tratta di sapere se vuole impostare la scienza giuridica su basi solide, oppure se si vuole perpetuare la confusione, che esercita sempre un grande fascino nelle discipline morali, tra il momento della ricerca e quello della critica etico politica."⁴⁸

⁴⁵ "Prima di tutto non si può chiedere ad una dottrina che si propone una ricerca fattuale del diritto di essere buona anche a offrire criteri etici di giustificazione dei fatti. O meglio: qualsiasi giurista che si ispira ai canoni del positivismo, ha i suoi bravi criteri per dare una giustificazione del diritto, ma non li mescola alla ricerca per non confondere questioni diverse. L'insufficienza dell'approach positivismo, se di insufficienza si può parlare, è voluta." Norberto Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pag. 103.

⁴⁶ "Esso si limita ad affermare che ai fini di elaborare una scienza giuridica è opportuno considerare diritto quell'insieme di regole che in una determinata società sono effettivamente seguite o fatte valere (principio d'effettività). Con ciò non è detto: a) che le regole effettivamente seguite o fatte valere debbano la loro efficacia prevalentemente alla forza esercitata dagli organi del potere coattivo, giacché tale efficacia può derivare dall'adesione spontanea; b) che il potere che esercita la coazione sia derivato da un atto di forza o si appoggi alla forza, giacché può essere derivato dal consenso o appoggiarsi al consenso." Norberto Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pag. 103.

⁴⁷ "Tra principio di effettività e riduzione del diritto a forza c'è una grossa differenza: l'uno stabilisce l'ambito della scienza giuridica e indica ciò che è opportuno considerare diritto al fine di una ricerca scientifica, l'altro è uno dei tanti tentativi, più o meno saggi, di fare una giustificazione di ciò che accade. Ora succede che in base al principio di effettività si considera il diritto un certo insieme di regole efficaci, indipendentemente dal motivo della loro efficacia, tanto le regole effettive per consenso quanto quello che sono tali per forza. Il principio di effettività vale anche per il diritto internazionale: ma le norme di diritto internazionale hanno per fondamento il consenso, e non la forza. Se poi davvero si dovesse scoprire che le regole giuridiche di uno stato sono fondate esclusivamente sulla forza, non si riesce a capire come di questa spiacevole (ma non sorprendente) realtà possa essere incriminato il principio di effettività, e quindi il positivismo giuridico, che si limita a constatare quello che accade per lo più e non pretende di darne una giustificazione etica." Norberto Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., 104.

⁴⁸ Norberto Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pag. 106.

La questione della neutralità della scienza è complessa ed è affrontata, specie negli anni di crisi del positivismo giuridico, con delle ricadute differenti. I cambiamenti e le rivolte contro il formalismo del positivismo giuridico coinvolgeranno, infatti, anche la neutralità scientifica del positivismo giuridico e sarà lo stesso Bobbio a darne dimostrazione.

Bobbio, in *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, pur avendo difeso l'approccio avalutativo del positivismo giuridico come simbolo del carattere scientifico della teoria gius-positivista, evidenzia come una radicale neutralità sia un obiettivo non realmente perseguibile da una teoria del diritto.

In alcune righe dell'opera, forse non sufficientemente oggetto di attenzione, il giurista inizia una parziale revisione dell'avalutatività metodologica: "la pretesa di essere eticamente neutrale è infondata". Il compito del giurista non è solo quello di descrivere ciò che è diritto in una determinata società, ma anche di interpretare il diritto vigente per l'applicazione dei tribunali. È un fatto che nessuno crede più, come si è riconosciuto nel paragrafo precedente, che l'interpretazione, anche quella cosiddetta meccanica, sia un'operazione meramente logica. (...) Che l'attività del giurista non sia soltanto logica, ma valutativa, eticamente orientata, non modifica il fatto che queste sue valutazioni diventano diritto non per il fatto di essere buone, sagge, giuste, conformi al diritto naturale, ma per il fatto di diventare regole valide del sistema."⁴⁹ Una radicale neutralità scientifica descrittiva sarebbe un'ipotesi realmente difficile da perseguire, non tanto per le differenti inclinazioni ideologiche dei giuristi, quanto più per la natura stessa del diritto, in perenne evoluzione, soggetta alla variabile dell'interpretazione, inevitabilmente condizionata dalle differenti sensibilità e dalle trasformazioni della società. Qualsiasi giurista, tramite l'attività interpretativa, non potrebbe meramente descrivere le disposizioni normative, ma inevitabilmente compierebbe delle scelte di valore in un ordinamento dinamico, costituito da plurime fonti, quali le consuetudini, i principi, le leggi, la prassi giudiziaria, etc. Tale parziale revisione non confuterebbe, però, l'approccio metodologico del positivismo giuridico: "La tesi che il diritto è ciò che è di fatto non porta ad escludere che tra questi fatti vi siano anche le valutazioni personali del legislatore e del giurista e del giudice: significa semplicemente che queste valutazioni diventano diritto in quanto vengono accolte, attraverso procedure stabilite e oggettivamente accertabili, nel sistema delle fonti e non per la loro maggiore o minore conformità a certi ideali di giustizia piuttosto che a certi altri. Bisogna distinguere il momento in cui il giurista fa del diritto un oggetto della propria ricerca da quello in cui contribuisce a produrlo (l'analogia con il linguista è ancora una volta illuminante): è ovvio che il modo fattuale di considerare il diritto riguarda il primo e non il secondo."⁵⁰

Queste poche righe non sconfessano il metodo scientifico gius-positivista in nome di ideali giusnaturalistici o metodi sociologici, ma revisionano parzialmente l'elemento della neutralità per renderlo in linea con le trasformazioni della società che sollecitano una trasformazione del positivismo giuridico metodologico. Questo passaggio dimostra che *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, oltre a essere un viaggio all'interno della complessità del positivismo giuridico, ne rappresenti anche un 'laboratorio' che cerca di suggerire nuove soluzioni di metodo che saranno poi elaborate meglio negli anni successivi.

⁴⁹ Norberto Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pagg. 104-105.

⁵⁰ Norberto Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pag. 105.

Tali righe anticipano alcune riflessioni e soluzioni che Bobbio introdurrà nella scienza giuridica qualche anno più avanti. Tali proposte concerneranno un superamento della teoria kelseniana; la reale intensità di questo superamento e le ricadute sulla scienza giuridica interesseranno i capitoli successivi della presente ricerca.

6. *La suddivisione degli aspetti del giusnaturalismo e il confronto con il positivismo giuridico*

Giusnaturalismo e positivismo giuridico si conclude con un'analisi del Giusnaturalismo, realizzata simmetricamente a quella compiuta sulla teoria del positivismo giuridico. Ciò evidenzia, ancor di più, quanto essa sia strumentale all'analisi del positivismo giuridico, il vero oggetto centrale del lavoro. L'analisi sintetica del giusnaturalismo è realizzata con lo scopo, non solo di evidenziare le caratteristiche ed i limiti delle filosofie giusnaturalistiche, ma soprattutto i punti di connessione con il positivismo giuridico.

La trattazione degli aspetti del giusnaturalismo, così come era stato fatto per la teoria giuspositivistica, descrive tre aspetti della sua teoria: scolastico, razionalistico-moderno e hobbesiano.

Il giusnaturalismo scolastico corrisponderebbe a quella corrente culturale che attribuisce il fondamento del diritto positivo ad un insieme di principi etici generali; tali principi sarebbero recepiti dal legislatore che li pone come guida per la formulazione delle leggi. Dalla connessione tra la figura del legislatore e i principi generali immanenti, scaturisce il dovere dei consociati di obbedire alle leggi dello Stato.

Il giusnaturalismo razionalistico riassume quella teoria generale che associa il diritto naturale ai principi provenienti dalla ragione umana; tali principi fondano la coesistenza tra gli individui e devono essere obbediti anche dai consociati, indipendentemente dalla figura intermedia del legislatore.

Il terzo esempio di giusnaturalismo è costruito sulla teoria di Hobbes, considerato da Bobbio come il vero precursore del positivismo giuridico. Nella teoria di Hobbes, il diritto naturale è strumento della legittimazione politica del sovrano; esso legittima la figura del sovrano a cui è delegata una potestà quasi assoluta. Il fondamento del potere del sovrano è nel diritto naturale e da questa legittimazione deriva il dovere di obbedienza, quasi assoluto, da parte dei consociati.

Al di là delle semplicistiche distinzioni, il positivismo giuridico ed il giusnaturalismo vengono rispettivamente definiti quale teoria monistica e quale teoria dualistica del diritto. Il positivismo giuridico ritiene valido solo il diritto positivo; il giusnaturalismo ritiene che l'unico diritto valido è il diritto sovraordinato rispetto al diritto positivo, che rispetto a quest'ultimo si ritiene superiore. Il diritto positivo quando è contrario al diritto naturale è invalido, quando invece si conforma ad esso, acquisisce validità e legittimazione.⁵¹

⁵¹ "Più brevemente: per Giusnaturalismo intendo la teoria della superiorità del diritto naturale su quello positivo; per positivismo giuridico, la teoria dell'esclusività del diritto positivo. Il giusnaturalismo è dualistico, il positivismo giuridico, monistico." Norberto Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pag. 108.

Una volta introdotta la dottrina giusnaturalistica, si passa alla sua critica: l'obiettivo non è confutare i principi del giusnaturalismo, ma scomporre analiticamente la sua teoria. Uno dei limiti maggiormente evidenziati è l'indeterminatezza della dottrina del diritto naturale, annunciata sempre come teoria oggettivistica, ma le cui dottrine sono eterogenee e fortemente diversificate.

La stessa nozione di 'natura' da Aristotele a Hobbes, da Locke a Grozio, etc., acquisisce, volta per volta, significati profondamenti differenti, di cui la libertà e la proprietà costituiscono due esempi emblematici. La libertà non è stata considerata da tutti i filosofi giusnaturalisti come un principio naturale intangibile: se Kant, ad esempio, la considerava tale, Aristotele, al contrario, riteneva che anche la schiavitù potesse avere un'origine naturale. Stessa cosa per la proprietà: per Locke la proprietà era un principio naturale fondamentale; per Campanella la proprietà era considerata un fattore di diseguaglianze, mentre il vero diritto naturale era la comunione dei beni. Da questi semplici esempi si può facilmente ricavare uno dei principali problemi della teoria giusnaturalistica, ovvero il soggettivismo dilagante.

Una teoria che professa l'esistenza di un diritto naturale sovraordinato, intangibile e oggettivo genera delle teorie sempre diverse sulla natura di questo diritto: nella teoria del diritto superiore e oggettivo, il soggettivismo è imperante. Tale discordanza logicamente comporta scontri politici, battaglie ideologiche, teorie diversificate che generano diverse teorie dell'obbedienza: chi poneva il diritto naturale come fondamento del diritto positivo affermava il dovere assoluto di obbedienza alle leggi; chi poneva il diritto naturale come sovraordinato al diritto positivo e ne riscontrava la difformità, affermava il diritto di resistenza alle leggi.⁵² Tale riferimento scaturisce dalla distinzione tra giusnaturalismo conservatore e giusnaturalismo rivoluzionario elaborato da Kelsen nella teoria pura del diritto.⁵³

Oltre l'indeterminatezza, il giusnaturalismo incontra un altro limite nella sua inefficacia: il diritto naturale ha il suo tratto distintivo nella sua astrattezza, che lo rende un diritto non effettivo e disarmato.⁵⁴

⁵² "Coloro che affermavano il dovere assoluto di obbedienza allo stato dicevano che il potere dello stato era imposto dalla legge di natura, e che pertanto la violazione di una legge dello stato era insieme la violazione della legge naturale che stava a fondamento dello stato; coloro che affermavano il diritto di resistenza dicevano che la legge naturale, che stava a fondamento dello stato, non sopprimeva le leggi naturali da cui derivavano i diritti naturali individuali, e pertanto era naturale disobbedire alla legge dello stato non rispettosa di questi diritti." Norberto Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pag. 148.

⁵³ "Quanto meno ci si sforza di distinguere il diritto dalla giustizia, quanto più si cerca in certo qual modo di far valere il diritto come giusto contro gli sforzi provenienti dal potere legislativo, tanto più si favorisce quella tendenza antiideologica che è caratteristica della dottrina classica conservatrice del diritto naturale. A questo non importa tanto la conoscenza del diritto vigente quanto la giustificazione del medesimo, l'esaltazione di esso ottenuta dalla prova che il diritto positivo è soltanto l'espressione di un ordine divino, naturale, o razionale, cioè di un ordine assolutamente giusto. Al contrario la dottrina giusnaturalistica rivoluzionaria che ha nella storia della scienza del diritto una parte relativamente modesta, persegue l'idea opposta: di porre in dubbio il valore del diritto positivo sostenendo che esso è in contrasto con un ordine assoluto presupposto in un modo qualsiasi, e di porre quindi la realtà giuridica in una luce meno favorevole di quella corrispondente a verità." Hans Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., pag. 59.

⁵⁴ "Ora quel che manca alla legge naturale è proprio ciò che costituisce l'elemento caratteristico del diritto, cioè l'effettività. Il diritto naturale è un diritto disarmato. Nessuno nega che esso esprima un'esigenza, una

Il diritto naturale, a causa della sua indeterminatezza, non trova un riscontro empirico; è un diritto incerto che, a causa di questa sua incertezza, si rivela essere totalmente inefficace.

La critica, forse, più interessante verso la teoria del diritto naturale è quella legata alla confusione tra i giudizi di valore e la realtà fattuale che si scorge dalle dottrine dei diversi autori giusnaturalisti.

In altre parole, le teorie giusnaturaliste 'farebbero confusione' sui motivi della superiorità del diritto naturale, non comprendendosi se questa superiorità sarebbe da associare a canoni sovraordinati di giustizia, oppure all'appartenenza alla realtà naturale. Una cosa è dire che un diritto è naturale poiché è presente nella natura delle cose, altro è affermare che quel principio è sovraordinato perché ha una carica morale superiore. Un esempio di ciò è la dottrina di Thomas Hobbes che deduce il principio naturale del diritto alla vita della comunità dei consociati dal giudizio di fatto dello stato di guerra presente nella vita degli uomini.⁵⁵ Hobbes pone il diritto alla pace della comunità come un principio sovraordinato deducendolo da una constatazione antropologica che diviene la base per un giudizio morale soggettivo.

Secondo Bobbio, la confusione tra giudizi di fatto e giudizi di valore è un segnale evidente dell'ideologia che si riversa dietro le dottrine giusnaturalistiche, pervase da soggettivismi morali e ideologici che si riversano su scontri politici. Il risultato di questa contraddizione intrinseca della dottrina giusnaturalistica è che, se anche tutti i filosofi fossero d'accordo nel considerare come naturali certe tendenze piuttosto che altre, non ne deriverebbe necessariamente un accordo anche sulla valutazione di queste tendenze come giuste o ingiuste.⁵⁶

Tali riflessioni sono alla base della tesi finale di Bobbio sull'essenza della dottrina giusnaturalistica: il giusnaturalismo non è una teoria che definisce in maniera oggettiva il diritto naturale, ma è un insieme di teorie che elaborano tanti diversi diritti naturali. Le dottrine giusnaturalistiche non elaborano nessun pensiero oggettivo, ma hanno in comune la pretesa di offrire giustificazioni oggettivistiche dell'etica, appellandosi ora ad elementi della natura, ora ad elementi divini, ora razionali.

Il giusnaturalismo rappresenta non una teoria specifica, ma la tendenza di elaborare un diritto universale con giustificazioni metafisiche o razionali diverse: "affermando dunque che il giusnaturalismo non è una morale ma una teoria della morale, voglio dire che dal punto di vista delle supreme massime proposte o dei valori preminenti accettati, le correnti che si richiamano al diritto naturale rivelano la più sconcertante varietà: rappresentano,

proposta di diritto futuro, ma sino a che non ha trovato la forza per farsi valere, non è un diritto nel senso corrente della parola, o per lo meno è un diritto in senso equivoco o addirittura scorretto. Tutti sanno che la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo nella fase attuale dello sviluppo del diritto internazionale non è una dichiarazione di diritti ma di pii desideri" Norberto Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, pag. 141.

⁵⁵ "Ma davvero Hobbes ha ricavato una prescrizione da una descrizione? In realtà egli ha introdotto alcuni giudizi di valore come i seguenti: "La guerra è male" oppure "La vita è il supremo valore"; ed è da questi giudizi di valore, e non dal giudizio di fatto, che deduce la legge naturale fondamentale. Che la pace debba essere cercata con ogni mezzo non è la conseguenza del giudizio di fatto "Lo stato di natura è uno stato di guerra"; ma del giudizio di valore: Lo stato di guerra è un male." Norberto Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pag. 149.

⁵⁶ Norberto Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pag. 150.

invece, un insieme omogeneo – che giustifica, del resto, la comune denominazione – solo se vengono considerate dal punto di vista dell'insieme dei concetti, ragionamenti, argomenti, adoperati per dimostrare la plausibilità della morale che si vuol difendere rispetto a ogni altra possibile. (...) Mi propongo di sostenere che ciò che esse hanno in comune è puramente e semplicemente una concezione oggettivistica dell'etica, vale a dire una caratteristica che riguarda non più il contenuto delle massime, ma il modo della loro fondazione: più precisamente, che il giusnaturalismo non è una morale, ma una teoria della morale."⁵⁷

L'indeterminatezza, l'inefficacia e la contraddittorietà delle teorie del diritto naturale corroborano alla debolezza della dottrina giusnaturalistica. Tale debolezza deriva anche dal ridimensionamento stesso del mito della natura che si è poi infranto inesorabilmente contro lo sviluppo industriale di una società in continua evoluzione: non si guarda più alla natura come immagine benevola e accogliente, ma l'attenzione si è ormai spostata sull'opera di produzione dell'uomo, sui modelli culturali da importare in una società in continuo sviluppo. Da ciò deriva la prevalenza per l'attività creatrice dell'uomo, come essere della natura, ma capace di autodeterminare la propria storia, come creatore della propria società.⁵⁸

Bobbio, al contempo, riconosce al giusnaturalismo una fondamentale funzione storica per la nascita della società moderna; la continua prefigurazione, infatti, di un diritto superiore al diritto positivo ha contribuito a porre delle continue domande sulla legittimazione delle norme giuridiche, fondando dei limiti al potere politico.

Il dualismo tra diritto naturale e diritto positivo ha contribuito ad arginare il cosiddetto 'legalismo etico' e a porre le radici del costituzionalismo moderno, capace di determinare dei limiti positivi al potere legislativo.⁵⁹ Le diverse correnti giusnaturalistiche hanno rappresentato il motore di propulsione dei limiti positivizzati delle moderne costituzioni che ad oggi si esprimono con norme sovraordinate di natura costituzionale e internazionale.⁶⁰

⁵⁷ Norberto Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pagg. 158-161.

⁵⁸ "La storia è stata concepita sempre più come produzione dell'uomo e come allontanamento dalla natura. Il rapporto gerarchico fra natura e storia è stato invertito: non già la natura benefica che deve orientare la storia, ma la continua creazione della storia che deve prevalere sulla natura matrigna. All'ideale del ritorno alla natura si è contrapposto sempre più l'ideale del dominio sulla natura. L'idoleggiamento del primitivo è considerato come una manifestazione di decadentismo, e il rifugio nella vita naturale come un'evasione. I sociologi e antropologi non cercano più nelle società primitive le tracce di una incorrotta natura ma le forme dell'organizzazione culturale; non i dettami della natura, ma i prodotti dell'uomo e della sua storia." Norberto Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, pag. 152.

⁵⁹ "il giusnaturalismo ha sostenuto, e non poteva non sostenere, che il potere sovrano ha dei limiti, che questi limiti derivano dall'esistenza di norme superiori a ogni volontà umana e pertanto è moralmente, se non legalmente, condannevole ogni sovrano che li trasgredisca. In altre parole, il giusnaturalismo, come teoria oggettivistica della morale, è servito ottimamente da fondazione di ogni teoria favorevole ai limiti del potere statale. Dall'esigenza di uno stato limitato dalla legge naturale sono nati il costituzionalismo moderno contro il machiavellismo, contro le teorie della ragion di stato e del diritto divino dei re, contro l'assolutismo paternalistico e quello hobbesiano" Norberto Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pag. 167.

⁶⁰ "là dove sono crollati gli stati totalitari, nuove costituzioni sono state emanate che stabiliscono limiti non soltanto di fatto ma anche di diritto al potere legislativo; inoltre, con la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, approvata dalle Nazioni Unite, si è mosso il primo passo verso la tutela giurisdizionale

La funzione storica del giusnaturalismo rappresenta l'aspetto da cui partire per individuare i punti di connessione con la teoria del positivismo giuridico; tale accurata analisi permette di rilevare che la dottrina giusnaturalistica, così come quella gius-positivistica, non è costituita da elementi tutti omogenei, ma da diversi elementi che possono dialogare con l'aspetto metodologico del positivismo giuridico.

Bobbio scompone il giusnaturalismo con la stessa tecnica adottata per il positivismo giuridico, individuando l'aspetto ideologico, teorico e metodologico; questi tre aspetti, presi singolarmente, vengono confrontati con quelli della dottrina gius-positivista.

La distanza più grande fra le due teorie si avverte nell'aspetto ideologico, in particolare negli aspetti radicali delle differenti ideologie: il legalismo etico prescrive il dovere di obbedienza alle leggi in quanto tali; l'ideologia radicale del giusnaturalismo subordina il dovere di obbedienza alla giustizia delle leggi. Ne consegue un conflitto insanabile: le due teorie dell'obbedienza partono da presupposti differenti e conducono a scopi opposti. Se, invece, si analizzano gli aspetti moderati di queste differenti ideologie, vi è un risultato diverso. L'ideologia moderata del positivismo giuridico subordina il dovere di obbedienza alle leggi soltanto se le leggi sono capaci di concretizzare determinati valori che possono essere, dunque, controbilanciati con altri; l'ideologia giusnaturalistica moderata, invece, pur ammettendo la possibilità dell'ingiustizia delle leggi, ne può prescrivere anche l'obbedienza nelle forme della disobbedienza condizionata al mantenimento dell'ordine sociale.

Ne deriva un aspetto in comune: entrambe le forme moderate di ideologia prescrivono l'obbedienza e la disobbedienza funzionali al mantenimento dell'ordine e della pace tra i consociati, trovando, dunque, dei timidi punti di concordanza.⁶¹

Il confronto tra la teoria giusnaturalistica e gius-positivista è invece difficile da realizzare razionalmente. Non esiste una sola teoria gius-positivistica o giusnaturalistica; ciò che il lavoro di Bobbio ha messo in luce è che queste due correnti culturali riuniscono una serie di tendenze simili tra loro, ma teorie profondamente diverse. Il positivismo giuridico tradizionale non ha niente in comune con la dottrina pura del diritto di Kelsen o con la teoria di Hart; allo stesso modo, il giusnaturalismo degli antichi è ben distante dalla rinascita del diritto naturale moderno.⁶²

Il vero punto di comunicazione tra le due correnti culturali è rappresentato dal metodo: il positivismo giuridico ed il giusnaturalismo si incontrano proprio nel loro aspetto metodologico, pur partendo da presupposti differenti.

Il positivismo giuridico metodologico, come sopra si è riscontrato, individua il diritto positivo come oggetto della sua conoscenza per descrivere la struttura formale

internazionale dei diritti contro il proprio stato;" Norberto Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pagg. 168-169.

⁶¹ Tanto la teoria positivistica moderata, secondo cui le leggi debbono essere ubbidite perché l'ubbidienza alle leggi ha di per sé stessa un valore positivo per l'ordine sociale, quanto la teoria giusnaturalistica moderata, secondo cui le leggi possono essere disobbedite solo se la disubbidienza non mette a repentaglio l'ordine sociale, sono entrambe un omaggio reso al valore dell'ordine." Norberto Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pag. 117.

⁶² Giusnaturalismo e positivismo giuridico, in quanto teorie, sono ben lontani dall'esaurire tutto il possibile campo delle teorie del diritto. Rappresentano due poli estremi, entro cui trovano posto teorie intermedie." Norberto Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pag. 120.

dell'ordinamento giuridico e le connessioni logico-formali al suo interno; il metodo giusnaturalista, ponendo, volta per volta, un ordinamento giuridico superiore extrasociale come parametro di riferimento del diritto positivo, ha un preciso metodo che consiste nella valutazione del diritto positivo per riscontrarne la sua legittimità.

Entrambi i metodi, paradossalmente, partono dallo stesso punto: l'analisi del diritto positivo, esistente, effettivo; la differenza consiste nel fatto che il positivismo giuridico si propone di descriverlo scientificamente, espungendo metodi differenti o valori ideologico-politici, mentre il giusnaturalismo si propone di introdurre valutazioni politico-ideologiche, appellandosi a valori e principi extrasociali, per orientare la direzione del diritto.

Le due correnti culturali si dirigono verso obiettivi differenti, ma partono dallo stesso oggetto; la condivisione dello stesso oggetto crea le basi per una comunicazione dei due metodi: "da questo punto di vista, il giusnaturalismo è, rispetto al positivismo giuridico, null'altro che l'invito rivolto al giurista a tener conto del fatto che dinnanzi al diritto, come a ogni fenomeno del mondo umano, si può assumere, oltre che l'atteggiamento dell'indagatore scrupoloso, imparziale, metodico, anche l'atteggiamento valutativo del critico, e che dall'esercizio di questa seconda attività dipendono il mutamento la trasformazione e l'evoluzione del diritto. Ciò su cui vorrà ancora insistere il positivista sarà che la critica delle leggi va distinta dalla scienza giuridica, perché non può essere esercitata con lo stesso rigore, non può essere scienza. Ma nessun giurista sarà tanto angusto da ritenere che di fronte al diritto non via altro atteggiamento da tenere che quello della neutralità che conviene allo scienziato."⁶³ Da ciò ne consegue che il positivismo giuridico metodologico e quello giusnaturalistico possono essere complementari: "Scherzosamente si potrebbe dire che nel caso in cui s'incontrano in quanto ideologie sono nemici ma non fratelli; nel caso in cui s'incontrano come teorie, non sono né fratelli né nemici; nel caso in cui s'incontrano come modi diversi di accostarsi all'esperienza giuridica, sono fratelli e non nemici."⁶⁴

Tale conclusione non rappresenta solo una sintesi stilistico-letteraria nella comparazione di due correnti culturali differenti esprime, una sorta, di pacificazione dei conflitti letterari. Tale conclusione è assolutamente coerente e propedeutica alla crisi del positivismo giuridico.

La crisi del positivismo giuridico deve essere affrontata non con il suo abbandono, ma una sua rivisitazione; tale processo deve coinvolgere il metodo gius-positivista che può attingere dal giusnaturalista un importante spunto. *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* è un laboratorio sulla crisi del positivismo giuridico che, nella sua attività di scomposizione teorica, cerca di difendere il metodo gius-positivista, ma anche di introdurre i metodi per un suo cambiamento.

Queste righe anticipano le svolte successive del pensiero teorico di Bobbio, quando la neutralità scientifica e la metodologia normativista subiranno un processo di riforma, propedeutico ad intercettare le nuove istanze di una società in trasformazione.

Giusnaturalismo e positivismo giuridico è il punto di partenza della presente ricerca poiché introduce i temi centrali del rapporto tra Bobbio e il positivismo giuridico con particolare

⁶³ Norberto Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pagg. 121, 122.

⁶⁴ Norberto Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., 2011, pag. 123.

riferimento alla dottrina kelseniana. Analizzare dettagliatamente il lavoro del 1965 consente di comprendere la crisi che stava vivendo in quegli anni la dottrina del positivismo giuridico, divisa a metà tra la difesa dei propri principi e la necessità di cambiamento. Per comprendere il vero pensiero teorico sotteso alla scelta gius-positivistica, ed in particolare alla scelta del metodo kelseniano, bisogna ricostruire le tappe della conversione al normativismo giuridico e il percorso intrapreso per superarlo, se di un vero superamento si tratta. Senza analizzare gli anni giovanili del pensiero di Bobbio è impossibile desumere e ipotizzare le profonde ragioni della scelta gius-positivistica e, soprattutto, scorgere, se esiste, una linea di continuità tra fasi molto diverse tra loro.

II. La fase pre-normativista di Norberto Bobbio: la funzione civile della filosofia del diritto

1. *Gli scritti prodotti tra il 1934 e il 1949*

Analizzare la produzione giovanile di Bobbio è fondamentale per comprendere la successiva evoluzione del suo pensiero. Questi scritti contengono le prime riflessioni di Bobbio sulle questioni teoriche di cui egli si è interessato durante l'intero corso della sua carriera di insegnante e filosofo.

L'esame di questi lavori ci consente di raggiungere plurimi obiettivi: comparare l'opinione iniziale di Bobbio sulla dottrina normativista di derivazione kelseniana con le sue successive posizioni; comprendere l'evoluzione del pensiero di Bobbio sugli elementi fondamentali di teoria del diritto, quali la considerazione della giustizia oppure il problema relativo alla natura e al fondamento del diritto; individuare una linea di continuità del pensiero di Bobbio tra fasi anche molto diverse tra loro, storicizzandole.

La prima fase del pensiero di Bobbio inizia con la pubblicazione dell'*Indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, pubblicato nel 1934, che sancisce l'inizio dell'interesse per gli studi filosofici applicati al campo del diritto e termina nel 1949, anno della pubblicazione del saggio *Francesco Carnelutti, teorico generale del diritto* che sancisce la conversione al normativismo giuridico.

Bisogna, altresì, rilevare che gli scritti collocati in questo periodo non sono caratterizzati da contenuti omogenei e da una metodologia unitaria, capace di raggruppare tutti i lavori sotto un'unica corrente di pensiero. Questa prima fase, anzi, si compone di scritti anche molto diversi tra loro, così da renderla, a sua volta, scomponibile in più fasi. Un esempio dell'eterogeneità di questi scritti è la considerazione della teoria di Kelsen; a questo proposito, bisogna rilevare che la critica più aspra verso la dottrina di Kelsen si possa registrare nei primissimi anni di scrittura, ovvero dal 1934 al 1938, caratterizzati da una forte influenza della fenomenologia di Husserl. L'autore era un 'anti-kelseniano', come confermato anche dallo stesso Bobbio⁶⁵, in ragione della critica che rivolgeva alla dottrina del normativismo giuridico.

La fase husserliana dura qualche anno ed è fortemente condizionata dagli studi universitari di Bobbio e, in particolare, dal rapporto con il prof. Annibale Pastore. Già dal 1938, quando Bobbio si allontana dalla fenomenologia di Husserl ed inizia un approccio più "positivista" allo studio del diritto, la critica dura verso la dottrina kelseniana si attenua ed inizia un momento di confronto aperto con gli studi del giurista austriaco.

Dal 1938 inizia una fase completamente diversa rispetto agli anni precedenti: la 'giurisprudenza eidetica' di Husserl viene superata dall'impegno teorico e politico di Bobbio nella lotta contro il fascismo sul piano sociale e contro la dottrina del volontarismo

⁶⁵ "Il mio kelsenismo, per cui sono considerato spesso uno dei maggiori, se non il maggiore, responsabile della <<kelsenite>> italiana, cominciò molti anni dopo. Com'è stato osservato, ero allora non tanto un non-kelseniano, quanto un anti-kelseniano." Norberto Bobbio, *Diritto e potere*, introduzione di Agostino Carrino, Giappichelli, Torino, 2014, prefazione, pag. 2.

giuridico sul piano teorico. L'insofferenza verso il regime autoritario conduce Bobbio all'elaborazione della funzione civile della filosofia del diritto, incentrata sulla nozione della persona, quale sintesi teorica e politica del rapporto tra l'io e la società.

La sensibilità politica di Bobbio che emerge da questi scritti determinerà, come vedremo, la sua scelta a favore del normativismo giuridico ed in particolare per la neutralità scientifica di derivazione kelseniana.

2. «L'anti-kelsenismo di Bobbio»: l'influenza della fenomenologia di Husserl

Leggendo attentamente i primi lavori di Bobbio e le opere successive, potrebbero sembrare scritti da due autori differenti.

Se Hobbes, Cattaneo, Kelsen, Romano, Hart, etc. costituiscono le linee guida del metodo gius-positivista di Bobbio, i primi due lavori del giurista torinese sono dominati dalla presenza della fenomenologia di Husserl.

La presenza di Husserl nelle prime opere di Bobbio dipende, innanzitutto, dal percorso di studi e dall'influenza dei suoi maestri, in particolare dal rapporto con Annibale Pastore, esperto della filosofia husserliana.⁶⁶ Bobbio, qualche anno prima della pubblicazione della prima opera, precisamente nel 1931, aveva compiuto il famoso viaggio in Germania, accompagnato da Renato Treves e Ludovico Geymonat. In questo viaggio Renato Treves soggiorna a Colonia dove conosce Hans Kelsen; Bobbio soggiorna, invece, ad Heidelberg dove approfondisce la filosofia di Husserl e conosce Gustav Radbruch, ma senza particolari risvolti. Bobbio sceglie la fenomenologia anche perché ripone una certa fiducia nello sviluppo della fenomenologia di Husserl in Italia, dopo il tramonto del neokantismo. Questo sviluppo non ha dato i risultati sperati.⁶⁷ Un'altra interpretazione della scelta per la fenomenologia di Husserl è fornita da Paolo Grossi che definisce la passione per la fenomenologia come una scelta strategica relativa al contesto politico e sociale di quegli anni. La scelta per la fenomenologia rappresenterebbe il rifugio dalla visione volontarista,

⁶⁶ Terminato il liceo nel 1927 Bobbio si iscrive a Giurisprudenza di Torino conseguendo la laurea nel 1931 con la tesi in filosofia del diritto, dal titolo *Filosofia e dogmatica del diritto*, seguita dal professore Gioele Solari. Nel 1931 Bobbio, decide di iscriversi al terzo anno di Filosofia laureandosi nel 1933 con una tesi sulla fenomenologia di Husserl seguita da Annibale Pastore. Dallo scambio epistolare avvenuto tra Bobbio e Annibale Pastore si può evidenziare come sia stato determinante il condizionamento del suo Maestro a spingere Bobbio ad approfondire gli studi fenomenologici.

Le informazioni dettagliate del percorso culturale di Bobbio si trovano in: Mario Losano, *Norberto Bobbio, una biografia culturale*, Carocci, Roma, 2018.

⁶⁷ "Mentre da Treves si può far cominciare la fortuna di Kelsen in Italia, anche se era già apparso qualche scritto precedente, un seguito ai miei studi sulla fenomenologia della teoria del diritto non ci fu mai. Io stesso li abbandonai ben presto alla furia roditrice dei topi." Norberto Bobbio, *Diritto e potere*, introduzione di Agostino Carrino, Giappichelli, Torino, 2014, prefazione, pag. 2.

diffusasi prepotentemente in Italia, come propedeutica all'elaborazione di una filosofia militante.⁶⁸

Ad ogni modo, le due opere fenomenologiche, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica* e *Scienza e tecnica del diritto*, pubblicate entrambe nel 1934, offrono molti spunti rilevanti per comprendere l'evoluzione del pensiero teorico di Bobbio. Innanzitutto, sono due opere di interesse storico e filosofico, poiché Bobbio è stato il primo studioso in Italia a dedicarsi allo studio del metodo fenomenologico applicato al diritto e alla società; in secondo luogo, permettono di analizzare l'evoluzione del metodo utilizzato dall'autore, con particolare riferimento al rapporto con la sociologia, che tornerà predominante nell'ultima parte della carriera da teorico del diritto.

Entrambe le opere sono scritte con lo stesso schema metodologico: vi è una prima parte dedicata alla descrizione delle caratteristiche principali della fenomenologia di Husserl ed una seconda parte in cui vi è l'applicazione dei principi della filosofia husserliana al campo sociale e giuridico, in aperto contrasto con gli indirizzi empirici e neokantiani; la fenomenologia è, infatti, individuata quale scienza alternativa all'empirismo filosofico e al formalismo neokantiano.

Queste due correnti culturali avrebbero, secondo Bobbio, dei limiti strutturali: l'errore dell'empirismo consisterebbe nel ridurre lo studio delle cose ai soli fatti della natura, senza alcuna visione trascendentale; il limite, invece, del neokantismo risiederebbe nel suo eccessivo formalismo.

Husserl definisce la fenomenologia come una scienza 'eidetica', ovvero la scienza 'delle essenze', capace di cogliere i veri significati della realtà in modo superiore empirismo, che riduce ogni tipo di studio ai fenomeni naturali.

La fenomenologia di Husserl è una scienza rigorosa che essa non si occupa della descrizione del mondo dei fatti, ma ricerca la descrizione dell'essere puro in forma trascendentale attraverso l'indagine della coscienza.⁶⁹ La fenomenologia di Husserl è tutta incentrata sulla coscienza: attraverso l'indagine della coscienza si può intuire l'essenza delle cose; l'essere puro è l'essere della coscienza, l'indagine trascendentale si risolve all'interno della psiche dell'uomo.

La fenomenologia compie questo tipo di indagine attraverso la 'sospensione del giudizio' che consisterebbe nell'evitare i riduzionismi del sociologismo che studia i fenomeni sociali solo come fatti della natura. La sospensione del giudizio consisterebbe nell'abbandono della metodologia empirica sociologica, a favore di un metodo trascendentale, incentrato sulla coscienza che sovrasta e trascende la realtà sensibile.⁷⁰

⁶⁸ "Insomma, farne una scienza di concetti, di essenze, di nozioni e categorie pure, è lo strumento principe di una salvante strategia, il salvataggio da una visione volontaristica destinata – come un certo idealismo – a consegnarla all'arbitrio del potere. (...) La scelta «bobbiana» non fu una fuga, rappresentò, al contrario, la realizzazione di una strategia culturale efficace a preconstituire un rifugio per il giurista/scienziato." Norberto Bobbio, *La consuetudine come fatto normativo*, Giappichelli, Torino, 2010, introduzione pag. XIII.

⁶⁹ "Natura è il mondo dei fatti spazio-temporali: la coscienza non appartiene all'essere della natura, ma ad una sfera superiore di essere: l'essere puro o trascendentale". Norberto Bobbio, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, Memorie dell'Istituto giuridico della R. Università, Serie II, memoria XXVIII, Torino, 1934, pag. 10.

⁷⁰ "per raggiungere la comprensione del significato puro del mondo bisogna uscirne fuori, per intendere il mondo – scopo ultimo della filosofia – bisogna eliminare il mondo. L'atteggiamento naturalistico appunto è

La fenomenologia non è una determinata teoria, ma un preciso metodo che si oppone alle discipline empiriche; la fenomenologia ritiene che lo studio empirico consista in uno studio approssimativo della realtà, incapace di cogliere l'essenza del fenomeno sociale e giuridico: l'unico modo per cogliere l'essenza delle cose sarebbe osservarle e studiarle attraverso la coscienza. Per studiare i significati delle cose del mondo, bisognerebbe 'eliminare' il mondo e sospenderne il giudizio, facendo emergere il 'residuo fenomenologico', definito quale 'essere assoluto della coscienza.'⁷¹

In altre parole, l'empirismo e la fenomenologia consistono in due metodi differenti di approcciare allo studio della società: l'empirismo studia le cose nella loro fattualità, la fenomenologia introduce uno studio psichico della realtà, basato sulla purezza trascendentale.⁷² L'oggetto della fenomenologia è la coscienza, considerata come unica via per raggiungere i significati nascosti delle cose; compito del fenomenologo è cogliere ed elaborare il senso presente nella coscienza di atti ormai trascorsi.

Lo stato di coscienza descritto da Husserl (*erlebnis*) si compone di due elementi, ovvero la direzione all'oggetto (*noesis*) e l'oggetto intenzionale (*noema*) come elemento oggettivo dello stato di coscienza. La fenomenologia, con lo studio dello stato di coscienza, mette in luce la reale intenzionalità psichica che dirige il soggetto verso il proprio oggetto di riferimento; tale riflessione psichica, che ricerca l'essere puro trascendentale, è possibile solo nella coscienza, al di fuori del mondo sensibile.⁷³

Il metodo fenomenologico non sconfina mai nel misticismo: la fenomenologia per Husserl deve essere una scienza rigorosa che studia gli stati della coscienza per ricavare l'essenza delle cose, tramite il metodo dell'intuizione basato sul criterio dell'evidenza.⁷⁴

sempre accompagnato dal giudizio sull'esistenza del mondo: bisogna sospendere questo giudizio, bisogna porre fuori azione, lasciar da parte, mettere tra parentesi l'esistenza del mondo." Norberto Bobbio, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, cit., pagg. 14 e 15.

⁷¹ "L'essere assoluto è la coscienza trascendentale, intenzionalmente diretta agli oggetti ad essa immanenti: essa è in sé e per assoluta nel senso che non ha bisogno di nessun'altra cosa per esistere; chiusi gli occhi sensibili dinanzi al mondo spazio-temporale, alla vista intellettuale si manifesta l'essere assoluto della coscienza: essa costituisce dunque il *residuo fenomenologico*. Essa non può essere toccata dalla riduzione, perché le è proprio un particolare modo d'essere, radicalmente diverso dal modo di essere della natura." Norberto Bobbio, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, cit., pag. 15.

⁷² "La fenomenologia, in quanto scienza prima, senza presupposti, costitutrice di ogni altra scienza, non si deve confondere con le varie ontologie regionali: ad essa è proprio l'atteggiamento fenomenologico che mira le essenze immanenti, mentre tutte le altre scienze si sprofondano in un atteggiamento puramente naturalistico." Norberto Bobbio, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, cit., pag. 16

⁷³ "Il mondo è costituito nella coscienza; l'intenzionalità, il rapporto d'unità tra il soggetto e l'oggetto, non ha più semplice carattere recettivo, ma acquista nell'atteggiamento fenomenologico funzione di creatività; l'oggetto intenzionale non è un dato presupposto alla coscienza, bensì è un prodotto della coscienza. Il pensiero filosofico di Husserl iniziatosi in un orientamento realistico platonizzante sbocca in un *idealismo trascendentale costitutivo*, che apprende il mondo ritornando alla sua origine costitutiva, posta nella soggettività trascendentale." Norberto Bobbio, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, cit., pag. 18.

⁷⁴ "Il filosofo che abbia abbandonato l'atteggiamento naturalistico e raggiunto l'atteggiamento fenomenologico, attua l'analisi della sfera trascendentale attraverso una visione limpida e precisa delle essenze e vi opera per entro non come il mistico che viene illuminato dal di fuori, ma come lo scienziato che indagando progressivamente illumina esso stesso ed elabora il proprio oggetto. (...) In Husserl, la conoscenza è sempre immediata: il senso intuisce e anche l'intelletto intuisce: vi è conoscenza diretta non solo dell'esperienza

Dall'applicazione della fenomenologia al campo sociologico scaturisce la sociologia 'eidetica', di cui rappresenta un esempio la filosofia di Max Scheler, posta alla base del modo nuovo di intendere il rapporto tra l'io e la comunità. Bobbio partirà proprio dalle riflessioni di Max Scheler per elaborare la propria tesi sul valore personalistico, centro propulsore del pensiero teorico della filosofia del diritto di questi anni.

Se nel campo sociologico l'avversario della fenomenologia è l'empirismo, nel mondo giuridico la fenomenologia si oppone alla metodologia del neokantismo, dalla cui critica scaturisce la fenomenologia giuridica: il neokantismo è un sistema di forme, improntate ad una conoscenza teorica in funzione delle cose; la fenomenologia con il criterio dell'evidenza, attraverso lo studio della coscienza trascendentale, vuole cogliere l'essenza del fenomeno giuridico e farne una scienza rigorosa e descrittiva. Il neokantismo utilizzerebbe le forme trascendentali con un metodo errato che finisce per rinchiudere la realtà giuridica in un arido formalismo, incapace di cogliere l'essenza delle cose.⁷⁵

La fenomenologia assume una posizione intermedia tra l'empirismo, interamente basato sullo studio dei fatti naturali, e il neokantismo, che riduce la realtà in un sistema di forme; la fenomenologia reagisce ai limiti di queste correnti culturali non con il positivismo dei fatti, ma con la coscienza trascendentale delle intuizioni e delle evidenze.⁷⁶ Da questo punto di vista si può definire la fenomenologia quale sorta di «terza via», posta a metà tra il piano empirico della realtà e quello trascendentale delle forme. In altre parole, la fenomenologia rappresenta una delle prime soluzioni di compromesso, da sempre ricercate dal pensiero critico di Bobbio, che reagisce all'empirismo con la coscienza trascendentale e non con il misticismo trascendente.

Il metodo fenomenologico, applicato al mondo del diritto, si distanzia sia dalla soluzione strettamente positivista di ricerca del diritto positivo effettivo sia alla soluzione kelseniana normativista e formalistica: il confronto tra la fenomenologia e la dottrina kelseniana è l'elemento teorico più rilevante dei due lavori di questi anni.

naturale, ma anche dell'esperienza trascendentale. La conoscenza non posta criticamente: la conoscenza è là dove vi è l'evidenza." Norberto Bobbio, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, cit., pag. 22.

⁷⁵ "E questo è accaduto per il fatto che la sfera trascendentale non è stata scoperta dal neokantismo in tutta la sua ricchezza; essa non è stata posta dai neokantiani che per fondare l'esperienza del mondo, ma il contenuto della nostra conoscenza è pur sempre per essi la materia dei sensi; la nostra vista, pur con l'aiuto delle forme a priori, non coglie che cose o fatti, ma non coglie idee o essenze; essa è essenzialmente percezione, ma non è ancora ideazione, è intuizione di fatti, ma non è ancora intuizione di essenze. Solo affidandosi all'oggettività trascendentale in tutta la sua infinita ricchezza di contenuti essenziali, a questa sfera a priori che si scopre immediatamente alla vista dell'intellettuale dell'uomo quando esso abbia abbandonato l'atteggiamento naturalistico ingenuo e abbia assunto l'atteggiamento metempirico proprio del filosofo consapevole (...) il filosofo potrà superare integralmente lo stadio dell'empirismo, liberare la propria vista dalla nebbia degli ultimi pregiudizi naturalistici, debellare con mano ferma ed animo sicuro gli ultimi avanzi della irreducibile mondanità della filosofia." Norberto Bobbio, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, cit., pag. 67.

⁷⁶ "A questa esigenza antiformalistica vuol dare soddisfazione la fenomenologia, senza per altro cadere in un superficiale positivismo empirico: essa combatte e il positivismo e il criticismo; di fronte al criticismo afferma l'esigenza di una scienza materiale fondamentale, di fronte al positivismo dichiara che è materia non soltanto l'esperienza sensibile, ma bensì anche l'esperienza trascendentale che si dà a noi in una intuizione immediata ed originale; reagisce dunque contro il formalismo proprio del criticismo e contro l'empirismo proprio del positivismo" Norberto Bobbio, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, cit., pagg. 68-69.

Il fenomenologo adotta un metodo ben distante da quello kelseniano: la fenomenologia non vuole descrivere la forma degli istituti giuridici, bensì le essenze del diritto, servendosi della coscienza trascendentale. Vi è una differenza, innanzitutto, sul piano dell'oggetto: l'oggetto della fenomenologia non è la norma, ma l'atto giuridico che produce un rapporto obbligatorio.⁷⁷

La dottrina kelseniana si sarebbe resa responsabile della confusione della scienza giuridica individuando il suo oggetto nel diritto positivo normativo: l'oggetto della conoscenza del diritto non può essere la norma, bensì il contenuto dell'atto giuridico, capace di creare un rapporto obbligatorio.⁷⁸

Il metodo fenomenologico non consiste nella descrizione teorica delle forme logiche del diritto, non si interessa del fondamento del diritto positivo: la fenomenologia, muovendosi sul piano della coscienza trascendentale, indaga l'essenza dei rapporti giuridici, evidenziando la correlazione tra il dovere e il diritto.⁷⁹ L'errore del normativismo consisterebbe nell'intendere il diritto solo nella sua funzione pratica, considerando solo l'aspetto concreto del fenomeno giuridico: intendere il diritto come norma rappresenterebbe un metodo superficiale che osserva solo l'aspetto pratico del diritto, non interessandosi della sua conoscenza pura.

Se la fenomenologia intende dare attenzione alla coscienza dell'uomo e introdurre uno studio improntato sul criterio dell'evidenza per individuare 'l'essenza delle cose', la dottrina Kelseniana, invece, si muove su presupposti nettamente differenti: essa è ritenuta incapace di cogliere questa essenza ed è responsabile del riduzionismo normativo del concetto di diritto.⁸⁰

⁷⁷ "La fenomenologia cerca l'essenza del diritto nella coscienza trascendentale, scegliendo fra gli atti sociali puri, l'atto pure costitutivo della sfera giuridica; oggetto della fenomenologia non è la norma, non è il fatto giuridico, non è né il sistema della legislazione, né l'esperienza giuridica, bensì è il diritto così come si costituisce nella coscienza, cioè l'atto giuridico nella sua tipicità essenziale e nelle sue diverse strutture. Tra gli atti sociali sono giuridici quegli atti che, secondo la loro essenza, pongono in essere un rapporto obbligatorio fra me e gli altri." Norberto Bobbio, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, cit., pag. 140.

⁷⁸ "Diventa qui evidente l'errore in cui sono incorsi lo Schreier e il Sander, i quali – influenzati dalla dottrina intellettualistica del Kelsen – hanno considerato atti giuridici quegli atti teorici che hanno per oggetto il diritto come norma. L'atto giuridico tipico non è quell'atto che ha il diritto per oggetto (infatti questo sarà un atto teoretico o di volontà che presuppone il diritto come già costituito), ma bensì quell'atto che costituisce il diritto, che pone in essere un rapporto obbligatorio; atto giuridico non è l'atto del giurista, bensì l'atto del promittente." Norberto Bobbio, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, cit., pagg. 140-141, nota 1.

⁷⁹ "Chiamiamo rapporto obbligatorio qualunque vincolo che unisca l'io al tu mediante la reciprocità dei termini diritto e dovere; tipici rapporti obbligatori sono, secondo quanto è stato detto, il vincolo contrattuale e il vincolo gerarchico. (...) Non è compito della fenomenologia indagare l'origine storica o porre la forma a priori dell'esistenza giuridica, bensì analizzare la sua essenza porre in evidenza il suo significato puramente teoretico, non psicologico, non normativo (...) dovere e diritto sono i due termini essenziali della struttura dell'atto giuridico, col quale si viene a considerare la tipicità del fenomeno diritto, non più in una manifestazione oggettiva, ma nella fecondità della soggettività costitutrice." Norberto Bobbio, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, cit., pagg. 142-143.

⁸⁰ "La considerazione del diritto come norma giuridica è preponderante e mette conto rilevare la posizione che la fenomenologia assume di fronte a tutte le teorie normative. L'equivoco delle teorie normative consiste nell'aver confuso due ricerche che hanno oggetti diversi: la ricerca sul fenomeno del diritto e la ricerca sul

La fenomenologia rifiuta il giusnaturalismo deontologico, ma non sceglie le strade del formalismo normativista né del positivismo ontologico: al fenomenologo interessa la conoscenza, ma questa conoscenza è possibile solo nella sfera trascendentale delle essenze dei rapporti giuridici.⁸¹

Tale argomentazione è approfondita nell'altro lavoro del 1934, ovvero in *Scienza e tecnica del diritto*, che affronta il problema della natura scientifica della giurisprudenza, una tematica di enorme rilievo che sarà centrale nella svolta per la filosofia analitica del 1950, quando, nella *Teoria della scienza giuridica*, la dottrina normativista sarà considerata come la guida del metodo gius-positivista, nonché come elemento imprescindibile per la scientificità della giurisprudenza.

Nel 1934 si registra l'esatto capovolgimento: la teoria del normativismo giuridico è il problema che genera confusione nel mondo della scienza giuridica.⁸² La dottrina del Kelsen, che descrive la norma sotto forma di proposizione formale, è criticata e accusata di aver svuotato la scienza giuridica di ogni significato.⁸³

fenomeno della legge. Coloro che considerano il diritto come norma, e più particolarmente come una particolare forma di norma, riducendo il problema del diritto al problema della legge, hanno spostato la ricerca e quindi hanno perduto di vista il vero senso del problema. Il diritto non è la norma giuridica, anzi la norma giuridica presuppone il diritto nel suo significato originario di atto giuridico; ridurre il diritto a sistema di norme, come fanno le teorie normative, vuol dire disconoscere la vera natura del diritto, ignorare la ricerca genuina e originale puramente teorica del diritto; le dottrine normative hanno teorizzato sul fatto della legge e non già sul fatto del diritto; per questo tutto quello che hanno sostenuto sull'essenza del diritto, va sempre riferito all'essenza della legge giuridica, che esse hanno confuso con quello" Norberto Bobbio, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, cit., pag. 145.

⁸¹ "Anche la fenomenologia giuridica ha seguito la stessa strada. Disciolta da ogni preoccupazione metafisica, considerando la filosofia come scienza rigorosa dell'essere fondata su un principio certo, ha eliminato il problema del diritto naturale, il quale presuppone valutazioni arbitrarie, ammissioni di dogmi extra-teoretici. Ed è per questo che, accanto al problema gnoseologico e al problema ontologico, non si è fatto parole del problema deontologico. Tale problema non esiste per la fenomenologia: essa indaga, non valuta, essa stabilisce connessioni fra essenze, non pone valori. L'oggetto della sua ricerca non è ciò che deve essere, ciò che è, e non per questo si confonde col positivismo, dacché l'essere della fenomenologia non è l'essere naturale, ma l'essere trascendentale; né tanto meno si confonde col neokantismo perché la sfera trascendentale non è una sfera di forme soggettive, ma di contenuti oggettivi." Norberto Bobbio, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, cit., pag. 150.

⁸² "La giurisprudenza, si disse, è una scienza ma non una vera scienza, è una scienza ma è insieme anche un'arte, una tecnica (...) la giurisprudenza viene definita come scienza normativa; ma proprio questa formula, anziché essere una risoluzione delle difficoltà, ne è manifestamente un infelice prodotto, tanto da far ricomparire nella sua semplice formulazione tutti i suoi problemi non risolti e tutte le soluzioni non precisate." Norberto Bobbio, *Scienza e tecnica del diritto*, Memorie dell'Istituto giuridico presso l'Istituto R. Università, serie II, memoria XXIX, Torino, 1934, pag. 6.

⁸³ "Egli (Kelsen) appoggiandosi particolarmente sulla distinzione coheniana tra la sfera dell'essere, su cui si costituiscono la logica e le scienze naturali, e la sfera del dover essere, su cui si costituiscono l'etica e le scienze spirituali, ritiene di poter accettare la distinzione tra le scienze esplicative che hanno il compito di indicare e di spiegare causalmente l'effettivo comportamento delle cose, di comprendere l'Essere, e le scienze normative che si propongono di prescrivere un contegno, di pretendere un essere o un non essere, vale a dire stabilire un dovere, distinzione corrispondente alla differenza tra le leggi naturali e le norme o leggi pratiche (...) Che se poi l'appellativo di "normativo" sta ad indicare solamente il fatto che l'oggetto della giurisprudenza sono le norme giuridiche, la denominazione, secondo quando si è detto, diventa irrilevante. È chiaro che la denominazione di scienza normativa data dalla giurisprudenza, intesa come scienza formale, o è contraddittoria o non ha senso alcuno. Nessuna dottrina, dunque, è più opportuna di quella del Kelsen per

Kelsen, definendo la giurisprudenza quale scienza normativa, incapperebbe nell'errore di considerare il diritto solo nella sua funzione pratica, riducendo il diritto a mera tecnica, ignorando il suo genuino carattere teorico.⁸⁴

Scienza e tecnica del diritto si propone, invece, l'intento di separare l'aspetto tecnico-pratico della giurisprudenza da quello teorico: intendere il diritto solo come norma significa svuotare di significato teoretico il contenuto della scienza giuridica.⁸⁵ La legislazione e la giurisdizione rappresentano i due istituti principali del diritto, ma non corrispondono alla scienza; il legislatore ed il giudice svolgono due funzioni pratiche, ma non fissano o elaborano concetti. Il legislatore crea norme, il giudice le applica o le disapplica: l'aspetto normativo del diritto concerne la coesistenza pratica dei consociati; la scienza del diritto fissa ed elabora i concetti che il legislatore e il giudice nelle loro attività presuppongono.⁸⁶ In sostanza, definire la giurisprudenza quale scienza normativa vuol dire riassumere il fenomeno giuridico nelle leggi e ignorare l'esistenza di una scienza teorica del diritto, fondamentale per la produzione e applicazione delle norme.

Kelsen, riducendo la scienza del diritto allo studio delle leggi, perderebbe di vista la vera essenza del diritto: la giurisprudenza fenomenologica utilizza l'intuizione come metodo principale della conoscenza; l'intuizione 'eidetica' permette di cogliere l'essenza degli istituti giuridici e non solo il loro risvolto pratico.⁸⁷ La fenomenologia giuridica ricerca con l'intuizione 'eidetica' l'essenza degli istituti giuridici, studiando le norme non come prodotti

provare quanto si è affermato, cioè che il concetto di scienza normativa, nelle più comuni applicazioni alla giurisprudenza, è svuotato di ogni significato." Norberto Bobbio, *Scienza e tecnica del diritto*, cit., pagg. 7-8- 9.

⁸⁴ "Insomma per risolvere il problema iniziale, bisogna saper distinguere nettamente il carattere teoretico della giurisprudenza dalla sua funzione pratica, ricordando che sotto l'espressione generica di giurisprudenza si sogliono comprendere sia la scienza pura del diritto, che in quanto teoretica non è normativa, sia la disciplina tecnica del diritto, che in quanto disciplina normativa non è scienza pura." Norberto Bobbio, *Scienza e tecnica del diritto*, cit., pag. 13.

⁸⁵ "Solo separando quei due motivi troppe volte confusi si riesce a entrare nel vivo delle questioni metodologiche sorte intorno alla giurisprudenza e a porre il problema nei suoi giusti termini considerando cioè la teoreticità e la normatività della giurisprudenza non come un'attività duplice, ma come due attività distinte che danno origine a due serie di problemi differenziati: ai problemi intorno alla scienza del diritto e a quelli intorno alla tecnica giuridica, due distinte discipline comprese comunemente sotto l'espressione unica di <giurisprudenza come scienza normativa> Norberto Bobbio, *Scienza e tecnica del diritto*, cit., pag. 14.

⁸⁶ "Il legislatore fa leggi pratiche, non fissa concetti; il so ordinamento, il cosiddetto ordinamento giuridico che meglio si direbbe legislativo, non è un ordinamento o sistema di concetti, bensì un ordinamento o un sistema di comandi, la cui unificazione in sistema, molto spesso puramente illusoria, non è affatto data da esigenze logiche ma da interessi politici; (...) Scienza giuridica, nel suo valore teoretico, vuol dire dunque formazione e ordinamento di concetti giuridici. Sul modo della formazione e dell'ordinamento si è aperta e non si è ancora chiusa la questione centrale della metodologia giuridica." Norberto Bobbio, *Scienza e tecnica del diritto*, cit., pagg.20-23.

⁸⁷ "Il suo compito è quello della *Wesenserfassung*, dell'apprensione cioè dell'essenza della proprietà, della servitù, e così via di tutti i singoli istituti e quindi dei rapporti che intercorrono fra le singole essenze e che non possono essere che rapporti essenziali. In essa opera come atto teoretico fondamentale l'intuizione eidetica. Per scienza del diritto si intende dunque la scienza essenziale della sfera giuridica. Essa, possiamo aggiungere, è scienza pura, non nel senso di cui si è fatto largo uso dai filosofi neokantiani, di teoria, cioè, che ponga le categorie a priori dell'ordinamento giuridico astratte e immutabili, ma pura nel senso che il suo obiettivo è strettamente teoretico e il suo procedimento non è deviato da preoccupazioni di ordine pratico, né oppresso da interessi utilitari." Norberto Bobbio, *Scienza e tecnica del diritto*, cit., pag. 26.

primari del diritto, ma come elementi secondari.⁸⁸ La fenomenologia giuridica è una scienza di contenuti, non di forme; se la dottrina kelseniana è una scienza di forme, la fenomenologia si interessa delle norme solo in quanto involucri dei rapporti giuridici situati all'interno. L'oggetto della fenomenologia giuridica non sono le norme, ma i contenuti dei rapporti giuridici che le norme rappresentano; anche la fenomenologia ambisce ad una purezza, ma questa purezza si raggiungerebbe solo separando la conoscenza teoretica dalla funzione pratica del diritto.⁸⁹

La fenomenologia giuridica è una scienza contenutistica e teleologica: ricerca le essenze degli istituti giuridici, per poterne cogliere lo scopo, inteso come funzione giuridica essenziale.⁹⁰ L'intuizione 'eidetica' è propedeutica all'elaborazione e alla fissazione dei concetti che rappresentano il vero contenuto della scienza giuridica che la legislazione e la giurisdizione presuppongono: scienza e tecnica si trovano in un rapporto di subordinazione, ovvero la tecnica riceve dalla scienza i concetti essenziali per poter operare nel mondo pratico.

Il limite della dottrina kelseniana sarebbe confondere tecnica e scienza, subordinando la scienza alla tecnica; la scienza fenomenologica, invece, distingue l'aspetto teorico dall'aspetto pratico del diritto e afferma il primato della scienza sulla tecnica.⁹¹ La scienza elabora i concetti essenziali e la tecnica li usa per elaborare e applicare norme giuridiche; la purezza fenomenologica consiste nella depurazione della scienza da tutti gli aspetti tecnici e pratici.⁹²

⁸⁸ "Si elimina in tal modo l'opinione assai diffusa tra i giuristi che il materiale della scienza giuridica siano i codici e le leggi; i codici e le leggi non sono affatto un materiale originario, bensì un materiale già elaborato intellettualmente, attraverso il quale e al di là del quale bisogna ricercare l'origine dei rapporti e degli istituti giuridici. Solo per motivi di ordine pratico e non certo per motivi teoretici la sfera giuridica è rappresentata per lo più dai codici e dalle leggi (...)" Norberto Bobbio, *Scienza e tecnica del diritto*, cit., pag. 27.

⁸⁹ "Quella che noi chiamiamo sfera giuridica o regione del diritto, è formata dal complesso dei rapporti giuridici, che sono l'esclusivo oggetto se non immediato, finale, della scienza teoretica del diritto. I codici e le leggi, in quanto dichiaratori di rapporti giuridici, possono essere anch'essi oggetti di un'indagine scientifica ma invece di essere oggetto principale sono oggetto puramente sussidiario (...) le leggi e i codici per il teoretico non rappresentano che una tappa nel continuo e progressivo cammino della conoscenza scientifica del diritto, tappa di cui non si può non tener conto e a cui per altro non ci si deve arrestare." Norberto Bobbio, *Scienza e tecnica del diritto*, cit., pag. 28.

⁹⁰ "La scienza giuridica deve essere pura, non solo nel senso che abbiamo attribuito noi di pura teoreticamente cioè senza fini pratici che turbino e compromettano la scienza rigorosa (...) Non si può determinare il concetto di un istituto giuridico se non si bada al suo contenuto, dacché quando si dice concetto, si dice forma di un contenuto.; nel contenuto infine entra a far parte in modo inequivocabile anche lo scopo dell'istituto." Norberto Bobbio, *Scienza e tecnica del diritto*, cit., pagg- 28-30.

⁹¹ "La scienza giuridica fissa le essenze e i rapporti essenziali, formula proposizioni teoretiche; da queste proposizioni la tecnica si deve proporre di ricavare delle norme di condotta, di fissare delle prescrizioni per la vita pratica. La scienza è sul piano dell'essere, ha valore ontologico; la tecnica è sul piano del dover essere, ha carattere deontologico. E il passaggio dall'una all'altra rappresenta appunto la trasformazione delle essenze pure in valori pratici (...)" Norberto Bobbio, *Scienza e tecnica del diritto*, cit., 37.

⁹² "la scienza giunge alla formulazione dei concetti, la tecnica, fondandosi su quei concetti, giunge alla formulazione delle norme; i concetti sono il fine per la scienza, sono invece strumenti per la tecnica. Il concetto di proprietà è il fine della scienza; la tecnica invece se ne vale per formulare tutte quelle norme sulla proprietà che quei rapporti essenziali si fondano, con l'aggiunta di quegli accorgimenti, che si dicono appunto tecnici,

In sostanza, il fenomenologo non ritiene che il diritto positivo sia l'oggetto esclusivo del suo studio; la fenomenologia esprime un'idea di scienza pura, depurata dagli elementi pratici, che funge da strumento alla tecnica giuridica per l'elaborazione e l'applicazione delle leggi.⁹³ Bobbio, attraverso l'influenza forte di Husserl, ma anche del Ravà e del Croce, sostiene nel 1934 un'idea di scienza giuridica anti-normativistica che considera la norma non come elemento fondamentale del diritto, ma come suo semplice strumento. L'influenza del Croce si può cogliere tra le righe e risulta evidente nel finale dell'opera, attraverso il paragone tra diritto e linguaggio, utilizzato dallo stesso Croce anni prima, ma con un intento, però, molto diverso.⁹⁴

Le posizioni dei due autori si avvicinano nella critica del carattere prioritario della norma giuridica, ma si allontanano nei ragionamenti e nelle soluzioni proposte: in Croce la critica alla legge è strumentale alla riconduzione del diritto alla filosofia dell'economia e all'identificazione tra l'attività giuridica e l'attività economica; Bobbio, invece, influenzato dalla fenomenologia di Husserl, individua l'essenza del diritto nel contenuto del rapporto giuridico, costituito dalla correlazione tra i diritti e i doveri degli individui.

Croce ridimensiona la norma giuridica, identificando il diritto con l'attività giuridica; Bobbio critica il normativismo giuridico kelseniano, considerandolo 'complice' della riduzione del diritto a norma: il ridimensionamento della norma giuridica si coglie nell'elaborazione di una scienza teoretica rivolta all'essenza dei contenuti del diritto, differente dalla tecnica giuridica che si serve della legge giuridica come strumento per l'applicazione del diritto.

La norma giuridica è declassata a mero strumento della tecnica giuridica per soluzioni pratiche nella vita dei consociati: l'essenza del diritto non sarebbe la norma giuridica, ma il contenuto dell'atto giuridico preso nella sua tipicità essenziale.⁹⁵

in vista della maggiore utilità che quelle norme devono conseguire." Norberto Bobbio, *Scienza e tecnica del diritto*, cit., pag. 39.

⁹³ "Quando infine si sostiene che lo scopo della giurisprudenza è l'elaborazione dei concetti, ma l'oggetto su cui si fonda sono le norme giuridiche, si cade nel terzo degli errori su ricordati, l'errore dell'inversione dei due momenti. L'attività normativa, secondo questa tesi, precederebbe l'attività concettuale della scienza, la quale potrebbe operare soltanto su norme presupposte; ora sin qui si è sostenuto proprio il contrario, cioè l'elaborazione delle norme è successiva all'elaborazione dei concetti, e anzi ne dipende necessariamente." Norberto Bobbio, *Scienza e tecnica del diritto*, cit., pag. 48.

⁹⁴ "Si vuol concludere che la norma giuridica, considerata dal punto di vista normativo, non è il diritto, anzi non è se non lo strumento per la realizzazione del giusto diritto, così come le norme grammaticali non sono il linguaggio, ma bensì sono gli strumenti per la realizzazione dell'esatto linguaggio. (...) E che il diritto non sia norma, ce lo fa sapere assai bene la scienza del diritto, la quale per cogliere l'essenzialità del diritto va oltre le norme, ai rapporti tra diritto e dovere che le norme sanzionano (...)" Norberto Bobbio, *Scienza e tecnica del diritto*, cit., pagg. 44-45. Croce anni prima conclude l'opera del 1907 con lo stesso paragone, con uno scopo differente: "Chi volesse ripigliare il paragone, farebbe, a mio parere cosa assai utile, se insistesse in ispecie sul fatto che, com'è stato impossibile comprender niente di ciò che è il linguaggio finché si sono scambiate per realtà del linguaggio le grammatiche e i vocabolari; così non è possibile comprendere nulla del diritto, finché si ha l'occhio ai codici e ai commenti dei giuristi, cioè al fatto superficiale, derivato, secondario e misto di elementi estranei o astratti." Croce, *Riduzione della filosofia del diritto a filosofia dell'economia*, Giuffrè, Milano, 2016 pag. 56.

⁹⁵ "La fenomenologia cerca l'essenza del diritto nella coscienza trascendentale, trascegliendo fra gli atti sociali puri, l'atto puro costitutivo della sfera giuridica; oggetto della fenomenologia non è la norma, non è il fatto giuridico, non è né il sistema della legislazione, né l'esperienza giuridica, bensì è il diritto così come si

Rispetto alla posizione di Croce e Gentile che riconducevano il diritto ora alla sfera dell'etica, ora alla sfera dell'economia, Bobbio prova ad attribuire al diritto uno spazio autonomo, individuando l'essenza della giuridicità nel rapporto giuridico, incentrato sul rapporto di dovere-potere tra due o più soggetti. La ricerca dello spazio autonomo del diritto è un obiettivo persistente di tutta la fase pre-normativista fino a quando dal 1949 il giurista approderà a conclusioni diametralmente opposte.⁹⁶

La fase fenomenologica rappresenta sicuramente il momento più acuto della critica alla dottrina di Kelsen e ciò deve essere ricondotto a diverse ragioni. Innanzitutto, nel 1934 Kelsen non ha ancora scritto alcune delle sue opere più significative, che saranno lette e interpretate da Bobbio e che diverranno centrali per la conversione al normativismo giuridico, come *General theory of law and State* del 1945; Bobbio, pur non ignorando i temi centrali della dottrina pura del diritto, nelle opere fenomenologiche fa riferimento prevalentemente agli *Hauptprobleme der Staatsrechtslehre*. Altro motivo rilevante è costituito dalla grande critica fenomenologica alla metodologia neokantiana, presente in alcuni tratti del primo Kelsen, come accuratamente descritto e spiegato da Agostino Carrino in relazione all'anti-Kelsenismo iniziale di Bobbio. Carrino evidenzia come le critiche del giovane Bobbio nei confronti della dottrina Kelseniana siano dirette verso la staticità del sistema kelseniano dei primi anni, proteso ad un'autofondazione astratta del diritto, che escludeva il dinamismo dell'esperienza giuridica. Carrino spiega che la sostanziale modifica di questo approccio convincerà successivamente Bobbio a scegliere la dottrina kelseniana.⁹⁷ Un altro motivo, infine, a cui ricondurre l'avversione per la dottrina normativistica è di natura politica, che si collega al difficile contesto storico-politico che attraversava l'Italia in quegli anni. L'intero periodo pre-normativista di Norberto Bobbio è caratterizzato da un contesto sociale e politico molto difficile, stante l'oppressione del regime fascista generatore di

costituisce nella coscienza, cioè l'atto giuridico nella sua tipicità essenziale e nelle sue diverse strutture." Norberto Bobbio, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, cit., pag. 145.

⁹⁶ Lo stesso Bobbio, ad esempio, sarà colui che, aderendo alla tesi Kelseniana del normativismo, criticherà la teoria del rapporto giuridico di A. Levi evidenziando come ciò che conferisce giuridicità ad un rapporto obbligatorio non è l'essenza del rapporto stesso, ma la norma senza la quale non ci sarebbe alcun rapporto giuridico obbligatorio: "Ma quando poi si aggiunge che il rapporto giuridico è tale in quanto è qualificato da una norma giuridica, sembra si debba concludere che l'elemento costitutivo dell'esperienza giuridica non è più il rapporto giuridico, ma la norma che lo regola e regolandolo lo definisce rapporto giuridico. Insomma: da una teoria del diritto come "rapporto giuridico", che sia conseguente a sé stessa ci si attende che il rapporto sia giuridico, per una sua intrinseca struttura che lo differenzia tanto dal rapporto economico quanto da quello etico; e che quindi una norma sia giuridica in quanto regoli un rapporto giuridico. Invece la posizione, assunta dal Levi, nei confronti del problema del nesso tra rapporto e norme, ci offre una soluzione del tutto opposta: non è la norma che è giuridica perché regola un rapporto per sua natura giuridico, ma è il rapporto che diventa giuridico perché è regolato da una norma giuridica" Norberto Bobbio, *Studi sulla teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, pagg. 63-64.

⁹⁷ "Il diritto inteso come sistema statico implica l'esclusione preliminare della volontà dal diritto. Volontà, scopo, conflitti, interessi, tutti concetti e dimensioni dell'esistere che Kelsen vuole espungere dalla concezione normativa del diritto, come appare evidente sin dalle prime battute della sua critica a Rudolf Von Jhering nei "Hauptprobleme". In questo furore antiideologico il diritto appare così altro dal potere, ad esso opposto. È questo Kelsen che Bobbio rifiuta, così come il Kelsen che egli introduce con forza nella cultura giuridica italiana del dopoguerra (...) è un Kelsen ben diverso (...) Norberto Bobbio, *Diritto e potere*, Giappichelli, Torino, 2014, Introduzione di Agostino Carrino, pag. 17.

conflitti sociali e tensioni sul piano internazionale. Questo difficile contesto era combattuto in prima persona dal giovane Bobbio con un'attività politica molto attiva fin da giovanissimo, caratterizzata dalla partecipazione a gruppi antifascisti avversi al regime, come ben documentato dallo stesso Bobbio nella sua autobiografia.⁹⁸

In questo clima, il giovanissimo Bobbio politico avrebbe potuto ritenere che la dottrina normativista, troppo "schiacciata" sulla norma giuridica, non costituisse la risposta adeguata al contestuale opprimente potere politico. Le opere fenomenologiche, pur essendo 'un porto di essenze e categorie pure', come sottolineato da Tommaso Greco e Paolo Grossi,⁹⁹ rappresentano anche una forma di contestazione verso il materiale normativo che si esprimeva in quegli anni sul piano politico con aberrazioni e ingiustizie. Non è, infatti, un caso che la nozione di 'persona', elemento centrale della filosofia militante di questi anni, trovi la sua origine proprio nelle opere fenomenologiche, partendo dalle riflessioni del sociologo tedesco Max Scheler. Le opere fenomenologiche non sono solo un'evasione stilistica: la fenomenologia rappresenta nel 1934 anche uno strumento politico per rifiutare la riduzione del diritto a legge di cui si compone il volontarismo giuridico e, in parte, la dottrina normativistica.¹⁰⁰

⁹⁸ Bobbio, infatti, pur provenendo da famiglia simpatizzante per il regime fascista, riceve la gran parte della sua formazione culturale e politica dal liceo d'Azeglio di Torino. Mario Losano sottolinea come questo liceo fosse noto per essere un liceo "rosso", frequentato da professori antifascisti, ma soprattutto "buono" capace di impartire ottime conoscenze lessicali e culturali come testimonia il fatto che da quest'ultimo provenissero, oltre Bobbio, numerosi illustri nomi culturali dell'epoca. L'influenza culturale e politica del liceo ha trasmesso a Bobbio una forte sensibilità verso l'ambiente politico e un'avversione nei confronti della dittatura fascista decidendo di partecipare fin da giovane al gruppo antifascista "Giustizia e libertà" insieme a molti dei suoi compagni di scuola. Tale impegno politico accompagnerà Bobbio per tutta la durata della sua vita, impegnandosi poi politicamente per il Partito liberale d'Azione.

Si fa riferimento alla biografia scritta da Bobbio durante gli anni più maturi: Norberto Bobbio, *Autobiografia*, Laterza, Roma-Bari, 1997.

⁹⁹ Tale interpretazione è stata avallata sia da Tommaso Greco: "sembrava operare fecondamente contro l'intromissione di ideologie e di scelte politiche, così come contro quell'ultimo avanzo della metafisica pre-critica rappresentato dal giusnaturalismo" Tommaso Greco, *Un itinerario intellettuale tra filosofia e politica*, Donzelli, Roma, 2000, pag. 6. Allo stesso modo: "Insomma, farne una scienza di concetti, di essenze, di nozioni e categorie pure, è lo strumento principe di una salvante strategia, il salvataggio da una visione volontaristica destinata- come in un certo idealismo- a consegnarla all'arbitrio del potere" Norberto Bobbio, *La consuetudine come fatto normativo*, Giappichelli, Torino, Introduzione di Paolo Grossi, pag. 13.

¹⁰⁰ "La filosofia, che si chiama del diritto, è per lo più impigliata in questi problemi che riguardano la norma giuridica. La campagna che la dottrina fenomenologica combatte contro questo falso modo di intendere il diritto è una campagna contro l'atteggiamento pratico o non mai genuinamente teoretico che predomina negli studi della sfera giuridica; il quale atteggiamento è il fondamento di quella considerazione normativa del diritto, che ha radici tanto profonde da diminuire l'efficacia stessa di dottrine recenti dirette alla purificazione teoretica del dato giuridico." Norberto Bobbio, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, cit., pag. 147.

3. Il rapporto tra diritto e forza: l'analisi dell'analogia e della consuetudine nella critica al volontarismo giuridico

3.1. *“L'analogia nella logica del diritto”: la funzione del diritto contro l'arbitrio della forza*

Le due opere fenomenologiche del 1934 rappresentano i contributi più significativi prestati da Bobbio al campo della fenomenologia. Dalla seconda metà degli anni 30' si registra un progressivo allontanamento dalla fenomenologia di Husserl che condurrà Bobbio a scegliere un metodo ed uno stile completamente diverso per i suoi nuovi scritti. Qualche riferimento alla fenomenologia ritornerà a proposito degli studi di Max Scheler sulla persona che diventerà il vero tema della nuova teoria filosofica di Bobbio.

Il 1938 è per Norberto Bobbio un anno di grandi cambiamenti perché la sua carriera di studioso, dopo aver partecipato e vinto il concorso a professore di ruolo nell'università di Urbino, ha i primi riscontri professionali. Questo concorso è particolarmente rilevante anche per le numerose vicissitudini che lo hanno accompagnato, determinate da un clima di tensioni e discriminazioni razziali che agitavano il contesto politico e sociale di quel tempo. Esse segnano il cammino teorico dell'autore, inasprendo l'ostilità verso il potere politico con significative conseguenze sul piano filosofico-letterario.¹⁰¹

L'approccio teorico filosofico di Bobbio diviene apertamente aspro nei confronti della dottrina del volontarismo giuridico ed i suoi scritti, pur contenendo elementi importanti sul piano della dogmatica giuridica, esprimono una netta presa di posizione rispetto al contesto politico sociale. Non è un caso che l'opera del 1938 sia un lavoro sull'analogia, poiché la sua applicazione dipende dall'attività dell'interprete, fuoriuscendo dal dominio della volontà del legislatore. L'applicazione dell'analogia è tutto frutto dell'attività interpretativa, essendo un elemento attinente alla tecnica dei tribunali; l'analogia rivela il carattere

¹⁰¹ Qui solo brevemente: Treves trentenne era da 3 anni libero docente nell'Università di Urbino, Bobbio ventottenne era libero docente invece a Camerino. Inizialmente Treves è ammesso al concorso e Bobbio escluso per un'ammonizione ricevuta nel 1935. Bobbio, per evitare di avere ripercussioni sul suo cammino accademico, decide di scrivere delle lettere alle autorità fasciste per farsi cancellare l'ammonizione e essere ammesso al concorso. Nel 1935 Bobbio scrive a Mussolini negando di appartenere al gruppo "giustizia e libertà" che gli era costata l'ammonizione ricevuta anni prima. Dopo 3 anni, dopo vari tentativi di convincere le autorità fasciste, tramite l'ausilio del padre e dello zio, Bobbio viene riammesso al concorso e Treves escluso per motivi di discriminazione razziale. Bobbio vince il concorso, ma, in quanto celibe, non può ancora insegnare ad Urbino. Mettendosi d'accordo con Battaglia che veniva trasferito a Bologna, Bobbio dal 1939 diviene prof straordinario a Siena. Vi rimase due anni per poi divenire professore nella facoltà di giurisprudenza di Padova nel 1940. Ricordiamo che le lettere rivolte da Bobbio alle autorità fasciste vennero pubblicate dai giornali appartenenti al gruppo Berlusconi, all'epoca avversario politico, per screditare Bobbio. Bobbio, nella sua autobiografia, parla di queste lettere, ammettendo un pentimento a riguardo, definendole, però, di "legittima difesa" prodotte per evitare ingiustizie professionali. Uno dei suoi pentimenti più grandi fu l'aver rinnegato l'amicizia con l'amico Leone. Le vicende relative a questo concorso si ritrovano in Carlo Nitsch, *Renato Treves esule in Argentina. Sociologia, filosofia sociale, storia*, Accademia delle scienze di Torino, 2014.

complesso del diritto e la sua irriducibilità al solo elemento volontaristico. In altre parole, l'uso dello strumento analogico, che permette ad una norma di essere applicata a casi analoghi non previsti, rivela come la volontà del legislatore non sia totalizzante rispetto all'esperienza giuridica effettiva.

L'analogia nella logica del diritto è un lavoro molto diverso dalle opere fenomenologiche: non vi è più traccia della metodologia intuitiva 'eidetica' e della coscienza trascendentale, ma vengono introdotti nuovi quesiti sul concetto di diritto e sul suo fondamento; al contempo, l'analisi della dottrina di Kelsen assume già toni diversi rispetto al 1934.

Questo lavoro introduce un nuovo metodo che l'autore perseguirà fino alla conversione al normativismo giuridico: l'aspetto teorico si fonde con l'aspetto filosofico; l'aspetto ontologico e deontologico della filosofia del diritto si integrano vicendevolmente.

Se le due opere fenomenologiche avevano come oggetto la scienza giuridica piuttosto che il diritto positivo, *l'analogia nella logica del diritto* introduce nuove teorie quale probabile risposta al problema della natura e del fondamento diritto, in una prospettiva ben lontana dalla teoria normativistica.

Questo nuovo metodo non ha il compito di descrivere il diritto positivo, ma si propone di indagarne la natura, avanzando proposte in grado di mettere in crisi 'l'architettura volontarista', riproponendo anche un'idea di diritto naturale, non legato ad un'ottica trascendente, ma calato in una dimensione puramente positiva ed umana.

Il lavoro si suddivide in due parti: vi è una prima parte descrittiva, basata su una ricostruzione storica della funzione dell'analogia, seguita da una seconda parte più riflessiva, incentrata sulle nuove proposte di perimetrazione dei parametri di applicazione dello strumento analogico.

Dopo una ricostruzione della storia dell'analogia, dai primi trattati sull'interpretazione giuridica fino al modello di Savigny, ed un confronto tra logica antica e la logica moderna, Bobbio introduce una tesi sull'applicazione del metodo analogico fondata sulla 'legge generale di validità'. La legge generale di validità è presentata quale correttivo dell'attributo della somiglianza, che costituisce l'elemento centrale dell'applicazione dell'analogia, per attribuire maggiore certezza alla sua applicazione. La somiglianza tra due casi, necessaria per l'applicazione dell'analogia, necessiterebbe di una cornice legale nella quale essere inquadrata; questa cornice legale è rappresentata dalla legge generale di validità, elaborata per rendere la somiglianza un requisito logico, incentrato sulla ratio legis.¹⁰²

¹⁰² Il ragionamento di Bobbio parte dalla considerazione che l'elemento della somiglianza tra due casi non può esser sufficiente a giustificare l'applicazione dell'analogia. Qui in breve si cerca di sintetizzare il suo ragionamento che riveste una particolare importanza. La regola dalla quale Bobbio parte è la regola base della logica formare $Q \text{ è } P$; $S \text{ è simile a } Q$; $S \text{ è } P$. Bobbio spiega che questa relazione è una relazione fittizia che può generare confusioni e arbitrii. Per poter delimitare l'ambito di applicazione del metodo analogico e per poter far sì che "P" diventi conseguenza di "S" occorre che si parli di somiglianza non in termini assoluti, ma relativi. La somiglianza non può essere un termine assoluto. La somiglianza è possibile soltanto in relazione al punto di riferimento che viene assunto per stabilire tra quei due oggetti un raffronto. Occorre dunque un punto di riferimento da cui poter dedurre la somiglianza tra due oggetti. Vale a dire: posta la formula $Q \text{ è } P$, $S \text{ è simile a } Q$, $S \text{ è } P$, occorre che la ragione sufficiente M che è alla base della relazione tra Q e P sia la stessa che collega la relazione tra S e P. Questa nuova legge si fonda sulla legge generale di validità che attesta che l'analogia per poter essere applicata necessita non della sola somiglianza tra casi, ma di una somiglianza basata sulla identità della ragione sufficiente della norma, la cosiddetta "ratio legis".

Questa teoria, in buona sostanza, vuole costituire un'integrazione solida da attribuire all'elemento della somiglianza, con lo scopo di attribuire all'applicazione dell'analogia parametri di certezza per l'applicazione del diritto. La certezza del diritto è per Bobbio un valore imprescindibile, basti pensare alle varie polemiche con il realismo americano o alla critica rivolta a Kelsen in riferimento alla critica della giurisprudenza concettuale;¹⁰³ l'elemento della certezza nell'applicazione del diritto è considerato quale baluardo contro gli arbitrii del potere politico. Certezza del diritto non corrisponde ad una certezza assoluta; la *ratio legis*, ovvero la ragione posta a fondamento della legge, è un elemento di supporto alla mera "somiglianza" ma non può garantire una certezza assoluta nell'applicazione dell'analogia, potendo costituire solo un elemento 'di supporto' per restringere le possibilità di errore dell'applicazione giudiziaria.¹⁰⁴

Il senso di questa operazione è definire il diritto stesso, per sua natura, come fenomeno incerto; l'incertezza del diritto necessita dell'attività del giurista per individuare regole e criteri per controllare e limitare l'arbitrio della sua applicazione.¹⁰⁵

La soluzione proposta da Bobbio può sembrare un modo per limitare l'applicazione del metodo analogico, ma, al contrario, il suo intento è esattamente l'opposto: individuare delle regole solide per poter estendere in maniera diffusa l'applicazione del metodo analogico. Tale estensione è una necessità teorica e politica e si pone direttamente in contrasto con la dottrina del volontarismo giuridico; l'analisi analitica dell'analogia occulta l'obiettivo politico di arginare e confutare la teoria volontarista. Il volontarismo giuridico non è una dottrina specifica, ma è una tendenza, soprattutto del positivismo giuridico tradizionale, di ridurre l'essenza del fenomeno giuridico alla volontà del legislatore. Il volontarismo giuridico è caratterizzato da un forte statalismo e dalla definizione del diritto come insieme di comandi o di imperativi. In sostanza, il volontarismo giuridico è quella dottrina volta a far coincidere l'essenza del diritto con la forza dello Stato.¹⁰⁶

¹⁰³ "Ammettiamo pure che il Kelsen, prendendo posizione contro la giurisprudenza concettuale e contro la certezza del diritto, sia uscito fuori dai limiti della teoria generale del diritto. Ma da questa estrapolazione è lecito ricavare la condanna di tutta la teoria pura del diritto, come pur fanno i critici frettolosi o coloro a cui dà fastidio la neutralità della teoria pura del diritto e approfittano di ogni minimo difetto per disfarsene?" Norberto Bobbio, *Studi sulla teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1955, pag. 106.

¹⁰⁴ "E invece basta una breve indagine al di là dei confini della giurisprudenza, per accorgersi che nell'espressione "*ratio legis*" la parola "*ratio*" è usata nello stesso significato che nell'espressione filosofica *ragion sufficiente* della legge. Il principio di ragion sufficiente afferma che per ogni cosa vi è una ragione per cui essa è quello che è, e tanto per dirla con una formula tipica "*Nihil est sine ratione cur potius sit quam non sit*" (...) Se infatti per *ratio legis* si intende la ragion sufficiente, vale a dire ciò per cui la legge è quello che è e senza di cui non sarebbe, non ci vuol molto a concludere, come conclude la massima, che venendo meno la ragione, debba necessariamente venir meno anche la legge." Norberto Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto*, Giuffrè, Milano, 2006, pag. 135.

¹⁰⁵ "La possibilità astratta del ragionamento per analogia come ragionamento certo non implica un'egual certezza nel risultato concreto, dacché ciò che determina la verità del risultato è la materia stessa, in cui il pensiero opera: ora tutta quanta la materia, in cui si esercita l'attività giuridica, è materia storica, quindi sfera dell'opinabile." Norberto Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto*, cit., pagg. 138-139.

¹⁰⁶ Il volontarismo giuridico, nella forma qui descritta e criticata da Bobbio, assomiglia al "positivismo giuridico ingenuo," descritto da Bobbio anni più tardi, che trova la propria origine con Hobbes e una puntuale conferma con la "teoria dei comandi" di Austin. Bobbio distingue due tipi di teorie imperativistiche: l'imperativismo ingenuo e l'imperativismo critico. L'imperativismo ingenuo (che va da Hobbes a Austin, e a

Una dottrina incentrata sulla forza dello Stato e sulla volontà del Legislatore incontra nell'analogia un pericolo che rischia di disattendere tale centralità: estendere l'applicazione del metodo analogico vorrebbe, infatti, significare sganciare la giuridicità della norma dall'elemento della volontà puntuale del legislatore.¹⁰⁷ *L'analogia nella logica del diritto*, lungi dal rappresentare una mera analisi tecnica di un elemento della dogmatica giuridica, diviene il terreno di uno scontro ideologico tra dottrine filosofiche diverse sul fondamento del diritto.

Quali sono gli elementi che attribuiscono giuridicità alla norma? Dov'è il diritto, nella volontà del Legislatore, o nell'astratta ragione? Il ragionamento intorno alla natura del diritto si collega direttamente e inevitabilmente al rapporto tra diritto e forza, tra diritto e potere, tra diritto e arbitrio. Bobbio delinea chiaramente le caratteristiche delle due dottrine giuridiche in contrasto: una dottrina che attribuisce all'*auctoritas* un fondamento dogmatico e una dottrina che ricerca nel diritto naturale fondato sulla ragione un modo per evitare il dominio del potere sul diritto.¹⁰⁸ Bobbio oppone al volontarismo giuridico una concezione storicistica del diritto fondata sull'idea del diritto naturale: non si fa menzione di un diritto naturale di origine metafisica con elementi trascendenti, ma di un diritto naturale inserito nel riconoscimento della positività del diritto che s'identifica con la storicità, intesa come espressione del pensiero umano che si evolve.¹⁰⁹

In queste pagine si può rilevare come il pensiero di Bobbio sia espressione di una tradizione che cerca di allontanare ogni tipo di concezione trascendente e trascendentale del diritto, riportando il discorso sul diritto sul terreno delle vicende umane. In sostanza, il volontarismo giuridico ritiene che la norma giuridica non sia altro che espressione della volontà ferma e puntuale del sovrano, identificando strettamente il diritto con l'autorità del legislatore; la teoria esposta dal filosofo torinese è una concezione storicistica che pone a

cui appartiene lo stesso Thon) considera il diritto come un complesso di comandi rivolti dal sovrano ai cittadini e difetta di un'analisi approfondita sulla struttura dell'imperativo giuridico. L'imperativismo critico è fatto risalire alla dottrina kelseniana e presenta due elementi: 1) la norma giuridica è un imperativo ipotetico 2) la norma giuridica è un imperativo che si rivolge non ai cittadini, ma ai giudici." Norberto Bobbio, *Il positivismo giuridico*, Giappichelli-Editore, Torino, 1996, pagg 200-201.

¹⁰⁷ "ogni estensione di norme a casi non previsti costringe la volontà ad una soluzione, che essa nella sua assoluta indeterminazione avrebbe potuto non volere, e viola quindi la sua libertà. Il fatto stesso che il caso non sia "previsto" implica già che la volontà della legge non poteva anche ad esso essere diretta, e quindi importa che nel regolarlo s'intrometta un altro atto di volontà che sostituendosi alla volontà della legge, ne menoma l'efficacia" Norberto Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto*, cit. pag. 143.

¹⁰⁸ "La concezione volontaristica è una concezione teologica del diritto; ha le stesse origini e le stesse ragioni della dogmatica teologica; è anch'essa un prodotto del principio di autorità, e sorge e fiorisce in quel periodo di tempo in cui l'atteggiamento dogmatico prende il sopravvento sullo spirito scientifico. Ma contro questa concezione sta la perenne esigenza della ragione nel diritto, che, mettendo in evidenza l'intima struttura e la realtà profonda della legge, scalfisce il principio di autorità ne circoscrive i limiti e ne attenua le asprezze. È l'esigenza che ispira ogni tentativo di dissolvere l'*auctoritas* della legge positiva nella *ratio* della legge naturale." Norberto Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto*, cit., pag. 144.

¹⁰⁹ "Certo che questa razionalità non è per noi astratta ragione, conformità ad una natura posta come normale e normatrice, quindi eterna e immobile misura delle leggi al di fuori delle leggi stesse, che ad essa debbano corrispondere con una meccanica e monotona conformità; ma è ragione concreta, immanente alle leggi stesse, posto che ogni legge ha la sua ragion d'essere, e questa ragione s'identifica con la storia. Per noi razionalità vuol dire essenzialmente storicità." Norberto Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto*, cit., pag. 144.

fondamento della giuridicità di una norma, non una volontà ferma, ma la ragione dell'uomo: la prima identifica il diritto con la sola forza dell'autorità, la seconda con il diritto naturale della ragione.¹¹⁰

Bobbio, non prende solo posizione contro la dottrina volontaristica, ma attribuisce al filosofo del diritto un compito ben preciso, cioè, smentire il volontarismo giuridico: "l'opera del giurista, quale risulta da tutta la storia della giurisprudenza dalla vera storia degli istituti e non dalle costruzioni apparenti, è una continua smentita alla concezione volontaristica. Che è infatti quello sforzo costante che il giurista compie per trasformar la volontà in volontà razionale, per ridurre una serie di comandi rigidi e immobili in storia viva e in movimento, se non la confutazione più genuina e più efficace del dogma volontaristico?"¹¹¹ Il ruolo del teorico del diritto diviene una missione politica, ovvero smentire e confutare una dottrina volta a riassumere superficialmente il concetto del diritto nelle mani dell'autorità. In questo modo lo spirito da teorico del diritto e lo spirito politico da intellettuale impegnato si fondono: nel campo politico nell'avversione nei confronti del regime fascista; nella teoria del diritto contro il dogma volontaristico, attribuendo alla filosofia del diritto la funzione civile di liberare il diritto dalle mani dell'auctoritas.¹¹²

La funzione teleologica del filosofo del diritto è accompagnata da una concezione teleologica del diritto stesso: al diritto è attribuita una funzione inerente alla giustizia, ovvero il diritto ha il compito di "soddisfare le esigenze di giustizia in una concreta società."¹¹³

In questo periodo di scritti, che dura fino al 1949, si può rilevare una connotazione strettamente teleologica del diritto: la giuridicità di una norma si deduce non da una certa struttura dell'ordinamento, ma dal possesso di un certo contenuto collegato all'esigenze di giustizia della società. Tale impostazione, oltre che opporsi alla dottrina volontaristica, si

¹¹⁰ Quello, dunque, che fa il diritto non è la volontà di un momento, o fuor di metafora, di una o più sedute del parlamento o di qualsiasi altro organo legislativo, ma il pensiero umano, che in quel momento confluisce non per arrestarsi o solidificarsi in schemi definitivi, ma per trapassare in altro pensiero e in altra storia. Il diritto è pensiero che si svolge, non volontà che si arresta (...) Una concezione volontaristica conseguente finirebbe per lasciare il diritto in preda all'arbitrio: posta la volontà al culmine del processo legislativo, l'ordinamento non avrebbe altra ragione della sua esistenza se non la volontà che l'ha determinato e continua a determinarlo. Ma è chiaro che la volontà deve avere un fondamento, cioè una ragione d'essere, e questa ragione d'essere, non può essere altro che la conformità ad un'esigenza storica; dunque, la volontà, anziché essere l'espressione di un atto originario e indeterminato, è la consacrazione di una ragione."

Norberto Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto*, cit. pagg. 145-146.

¹¹¹ Norberto Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto*, cit., pag. 147.

¹¹² "Considerare il diritto positivo come l'espressione di una volontà unica, esclusiva, puntuale, espressa una volta per sempre ed esaurita in se stessa, vuol dire considerarlo come un ordinamento statico e chiuso, togliergli ogni possibilità di modificazione e di accrescimento; un ordinamento sospeso alla volontà come l'ago alla calamita, è un ordinamento che non contiene in sé la potenzialità di un autonomo e intrinseco svolgimento; è in una parola un ordinamento incompleto, e, quel che è peggio, incapace di completarsi. E ognuno sa che l'incompletezza di un ordinamento non è un problema da dialettici o da sofisti, ma è prima di tutto un problema politico ed etico" Norberto Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto*, cit., pag. 147.

¹¹³ "Ma contro questa tesi si obietta che, se il problema dell'incompletezza deve avere un senso, e non deve essere soltanto un pretesto per costruzioni artificiose, incompletezza non vuol dire semplicemente mancanza di una norma, ma bensì mancanza di una norma giusta, in altre parole, non già insufficienza dell'ordinamento astrattamente considerato, ma insufficienza dell'ordinamento di fronte al suo fine, che è la soddisfazione delle esigenze di giustizia in una concreta società." Norberto Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto*, cit., pag. 148.

oppone anche alla dottrina Kelseniana, caratterizzata da un metodo rigorosamente scientifico ed avalutativo.

Se il volontarismo giuridico riconduce il fondamento dell'analogia nella "volontà presunta" del legislatore, Bobbio opta per la soluzione opposta, ovvero attribuire all'analogia un fondamento razionale, indipendente dall'elemento volontaristico.

La dottrina volontaristica, tramite il richiamo alla volontà presunta, salva la volontà come elemento essenziale della giuridicità, riducendo il compito del giurista ad indagare ed interpretare la volontà implicita del legislatore. Tale soluzione viene convintamente rifiutata: il fondamento giuridico dell'analogia sarebbe da ricercarsi nella funzione storica dell'ordinamento collegata alla logica razionale.

Il fondamento razionale dell'analogia rappresenta un modo per depurare la teoria del diritto dal dogma della volontà, riconducendo il fondamento della giuridicità alla ragione del diritto naturale, inteso non in senso metafisico, ma sul piano della ragione storicistica della legge.¹¹⁴ Il lavoro si conclude con la riconduzione dell'analogia alla sfera interpretativa: l'analogia non sarebbe altro che una forma di interpretazione estensiva.

Bobbio, pur essendo in questa fase avverso alle dottrine stataliste, non approda ad una concezione realista del diritto, invocando l'attività creatrice del giudice contro la legge dello Stato.

Il giurista, al contrario, introduce una concezione equilibrata e moderna dell'interpretazione giudiziale, lontana sia da una visione meccanica del giudice quale 'bocca della legge', sia da un approccio radicalmente realista, portatore di un'idea del giudice quale creatore della legge. Il giurista attribuisce alla interpretazione del giudice una funzione storica, che si basa sulla capacità di adattare la norma al pensiero umano che si evolve.¹¹⁵

¹¹⁴ "Fondare dunque l'analogia sul diritto naturale non può voler dire altro che giustificarla sopra un'esigenza di ragione, quando il riportare il diritto positivo al diritto naturale non significhi già introdurre un elemento di valutazione, ma semplicemente esprimere l'esigenza che la legislazione positiva, come direbbe il Thibaut, non sia l'opera dell'irrazionale dell'arbitrio, o dell'interesse personale, ma bensì della ragione filosofica, o anche solo della comune e sana ragione" (...) Il giurista tecnico, lo si è detto tante volte è un dogmatico: il che vuol dire che gli sta a cuore più il dogma che la realtà. Che per certi fini pratici, per la cui realizzazione la società lo adopera, il suo dogmatismo possa riuscir utile, non si vuole ora mettere in discussione; ma che questo dogmatismo sia scienza, e questa logica fittizia sia logica vera, non c'è nessuno che possa in coscienza sostenere." Norberto Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto*, cit., pagg. 152-53, 158.159.

¹¹⁵ " Ormai è stato abbastanza chiarito, per opera soprattutto di coloro che hanno cercato di studiare il fenomeno interpretativo valendosi di più moderni metodi speculativi, che l'interpretazione non è una riproduzione meccanica, una ripetizione fedele, una traduzione letterale, tant'è vero che essa non è soltanto accertatrice della norma, ma è anche modificatrice, in quanto non soltanto restringe od estende, ma rimette a nuovo continuamente, a contatto con la vita sociale in movimento, l'espressione invecchiata; il che equivale a dire che nel sempre nuovo ripensamento che essa fa della norma la vivifica adattandola a nuovi casi o a casi non previsti e nella sempre nuova ripetizione di quelle stesse parole attribuisce ad esse sempre nuovo valore, che è il valore non già delle parole, ma il valore stesso dell'atto spirituale che ripetendole le ripete ogni volta in modo diverso a seconda degli scopi che lo spirito pone a sé stesso. Norberto Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto*, cit., pag. 165.

Se la funzione dell'interpretazione è "rivivificare" la norma e adattarla all'esigenze della società, si perde ogni distinzione tra analogia e interpretazione, con la conseguenza che applicare l'analogia rappresenta uno specifico aspetto dell'arte dell'interpretazione.¹¹⁶

Una volta dimostrata la coincidenza tra l'interpretazione analogica e l'interpretazione estensiva, l'autore propone anche l'eliminazione dei limiti dell'analogia, proponendo la sua applicazione sia nelle leggi eccezionali che nelle leggi penali: se il diritto ha la funzione di attuare giustizia nella società, l'analogia deve divenire strumento portatore di giustizia, per evitare disequaglianze nell'applicazione della legge.¹¹⁷

Le soluzioni proposte da Bobbio non sono interessanti solo sul piano della dogmatica giuridica, ma offrono diverse riflessioni sulla funzione del diritto nella società.

La legge generale di validità rappresenta una tutela giuridica volta a stabilizzare lo strumento analogico per evitare un suo utilizzo arbitrario, come avveniva nell'Unione sovietica o nella Germania nazionalsocialista.

La delinearazione dei limiti dello strumento analogico ne consente invece un suo utilizzo diffuso, come strumento per risolvere incongruenze e disequaglianze. La dottrina opposta al volontarismo giuridico contiene dei contorni indefiniti, presenta quel carattere di indeterminatezza che presentava anche la fenomenologia giuridica opposta al normativismo giuridico. La critica al volontarismo è chiara e netta, ma la teoria alternativa, proposta da Bobbio, presenta delle sfumature poco chiare, a cominciare dall'idea del diritto naturale.

Inoltre, se le opere fenomenologiche erano caratterizzate da una costante critica alla dottrina Kelseniana, nel lavoro sull'analogia i riferimenti alla dottrina kelseniana sono quasi assenti, tranne qualche citazione che attestano una prima affinità con la dottrina di quest'ultimo. Bobbio cita Kelsen in riferimento al problema delle lacune dell'ordinamento, evidenziando come il giurista austriaco aderisca alla stessa tesi da lui sostenuta. Le due tesi convergono sulla sostanziale irrilevanza del problema delle lacune, ritenuto un falso problema, attinente alla valutazione dell'ordinamento e non alla sua struttura. In questo frangente l'autore rinvia al passo in cui viene riportata la tesi di Kelsen e, poco più avanti, la tesi Kelseniana è citata come riferimento "positivo" relativamente al problema della interpretazione.¹¹⁸

Questi elementi attestano che, già nel 1938, Bobbio studia e interpreta Kelsen con toni e obiettivi decisamente diversi rispetto alle opere fenomenologiche.

¹¹⁶ "Analogia è dunque interpretazione nel senso più genuino della parola, perché riproduce, non ripetendolo ma svolgendolo, il nucleo stesso della norma, configurato nella sua ragion sufficiente; e non va oltre il sistema, ma vi rimane dentro contribuendo a rafforzare il sistema giuridico come un organismo che cresce e si sviluppa, ma sempre per forza interiore, e non esce mai, perché non lo può, fuori di sé stesso." Norberto Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto*, cit., pag. 166.

¹¹⁷ "Ora, di fronte a questa osservazione, è bene subito prendere posizione, ribattendo che l'analogia in un ordinamento non ha solo un fondamento logico, come sin qui si è cercato di dimostrare, ma anche una giustificazione etica, in quanto corrisponde a quel più elementare senso di giustizia che, definendo la giustizia come eguaglianza, vuole altresì che a situazioni simili, rientranti nella sfera di efficacia dello stesso motivo, convengano le medesime conseguenze". Norberto Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto*, cit., pagg. 192-193.

¹¹⁸ Il primo riferimento di Bobbio si trova nella nota 5 e lui cita Hans Kelsen, *Zur Theorie der Interpretation*, Rivista internazionale di teoria del diritto, VIII 1934, pag. 14 e il secondo riferimento si trova nella nota 7 e la tesi Kelseniana è condivisa per un riferimento "anti-volontaristico." Norberto Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto*, cit., pagg. 148-149.

La legge generale di validità, proposta da Bobbio come strumento di limitazione dell'arbitrio del potere, è espressione dell'idea del diritto come limite del potere politico, oppure, potremmo dire, come regolatore della forza; un'idea del diritto, di derivazione kelseniana, a cui Bobbio approderà negli anni più maturi, ma che in questo testo ha una sua prima traccia. La legge generale di validità e il riferimento al diritto naturale costituiscono due espedienti che servono ad affermare, implicitamente, la preminenza del diritto contro le teorie autoritarie e le derive arbitrarie dei tribunali giudiziari.

Dal lavoro sull'analogia possono, quindi, sintetizzarsi i seguenti punti: 1) critica del volontarismo giuridico a favore di una concezione storica-razionale del diritto; 2) concezione teleologica del diritto come strumento per attuare giustizia; 3) scomparsa del condizionamento fenomenologico; il compito del filosofo del diritto è confutare la teoria volontaristica verso ideali di giustizia; 4) concezione del diritto quale baluardo contro gli arbitrii del potere; 5) ridimensionamento della critica nei confronti della dottrina Kelseniana e piccoli segnali di un approccio diverso rispetto agli anni precedenti, ma ancora lontano dalla svolta del 1949.

3.2. *“La consuetudine come fatto normativo”: la rivalutazione della consuetudine e il ridimensionamento della sanzione coattiva*

La critica nei confronti del volontarismo giuridico accompagnerà l'intera fase pre-normativista di Bobbio e troverà nella *Consuetudine come fatto normativo* un punto significativo di approdo. Gli anni che precedono questo lavoro sono caratterizzati da diversi cambiamenti sia nella vita personale di Bobbio, sia nel contesto sociale e politico dell'Italia. Dopo i due anni a Siena, Bobbio si trasferisce a Padova per insegnare; dopo che l'Italia entra in guerra nel 1940 e le discriminazioni razziali sono ormai divampate da qualche anno, l'antifascismo dell'autore entra nel suo momento più caldo e proprio nel 1942 verrà fondato il partito d'Azione che esprimeva ideali liberal-democratici, a cui il giurista aderirà esplicitamente. Bobbio, in più di un'occasione, ha riconosciuto l'importanza cruciale di quegli anni, riscontrando, da parte sua, un approccio più dinamico sia sul piano professionale che sul piano politico.¹¹⁹

Non è un caso che il libro sulla consuetudine del 1942 contenga, rispetto al lavoro sull'analogia, toni ancora più accesi e critici contro la dottrina volontaristica e la concezione egemonica dello Stato che si era sviluppata durante il regime fascista. Paolo grossi, nella prefazione della riedizione del lavoro, evidenzia il nuovo approccio 'militante' di Bobbio, ben distante dagli anni husserliani. È bene, però, sottolineare che, sebbene le opere fenomenologiche siano caratterizzate da uno stile e da contenuti differenti, contengono le iniziali riflessioni sulla nozione di 'persona', provenienti dagli studi di Max Scheler;

¹¹⁹ “La situazione generale s'era fatta più drammatica; eravamo in guerra da alcuni mesi, alleati di Hitler. Una guerra disonorevole che ci avrebbe portati alla catastrofe. Era venuta l'ora della scelta definitiva.” Norberto Bobbio, *Autobiografia*, Laterza, Roma-Bari, 1997, pag. 47.

riflessioni che saranno, poi, riprese e ampliate così da diventare il punto centrale delle sue lezioni universitarie.

Nella *consuetudine come fatto normativo* i toni utilizzati dal filosofo torinese rappresentano un vero proprio grido contro la prepotenza dell'autorità dominante.¹²⁰ L'operazione condotta dall'Autore è simile a quella realizzata con l'opera sull'analogia: ricostruzione storica-analitica della consuetudine e rivalutazione dei suoi presupposti giuridici, propedeutica alla critica contro lo statalismo giuridico volontaristico, accompagnata dai quesiti sulla natura del diritto e sui presupposti della giuridicità.¹²¹ Tutti questi interrogativi sono affrontati e risolti, però, con risvolti diversi rispetto al lavoro del 1938.

I toni usati per descrivere la dottrina volontaristica cambiano, divenendo decisamente più aspri: nel 1938 era presentata come una teoria da analizzare e confutare, adesso è dipinta come la causa dei mali della scienza giuridica.¹²²

La dottrina volontaristica è additata quale responsabile della rovina della scienza giuridica, poiché ha elaborato un'idea parziale e fallace del diritto, che viene semplicisticamente descritto quale 'stampella' del potere politico e ridotto all'elemento normativo.

La dottrina volontaristica ha creato un'immagine del diritto strettamente collegato alla forza dello Stato: il fenomeno giuridico è descritto come insieme di comandi fondati sulla volontà del legislatore, applicati con l'uso della forza coattiva. La legge e la forza coattiva dello Stato totalizzano e semplificano l'intera esperienza giuridica.¹²³

¹²⁰ "Qui, nel '42, tutto è più scoperto. La imperturbabilità dello scienziato si è trasformata in accesa partecipazione, e la sua voce reca nel proprio timbro la tipicità dell'ora in cui viene pronunciata; allo stato di serenità è ormai subentrato uno stato di ansia, di ansia che lo scrittore non nasconde ma che sente di dover manifestare apertamente. La voce di Bobbio si è fatta diversa, quasi una voce gridata, che assume l'aspetto drammatico di una denuncia. E affiorano vocaboli allarmanti: rovina, provvisorietà, fragilità, crisi; e, immediatamente, la voce si tinge di una intensa storicità. (...) E lo scienziato giurista sfodera l'unica arma a sua disposizione: un contributo teorico che demolisca – almeno virtualmente – la prigione dello statalismo, quello statalismo che ha costretto la consuetudine nelle segrete della storia. Norberto Bobbio, *La consuetudine come fatto normativo*, Giappichelli, Editore, Torino, 2010, pagg. 17-18-19.

¹²¹ S'intende però che colui che, mosso esclusivamente dall'interesse teorico di una comprensione totale del fenomeno giuridico, miri al contenuto del diritto, non possa arrestarsi alla qualificazione formale, che è pur sempre ipotetica, e guardi al presupposto stesso del formalismo, in definitiva ai fatti per se stessi giuridici, vale a dire a quei fatti che portano in se stessi la ragione della loro giuridicità, e non rispondono più alla domanda: "Che cosa vale come diritto nella sfera di dominio di quella determinata norma fondamentale", ma direttamente a quell'altra: "che cosa è il diritto"; intorno alla quale domanda si sviluppa, direttamente e indirettamente, il presente lavoro, in cerca di una soluzione che, attraversando l'esame del diritto consuetudinario, si andrà via via chiarendo" Norberto Bobbio, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., pagg. 35-36.

¹²² "bisogna necessariamente concludere che l'edificio costruito dalla scienza giuridica ottocentesca è ormai dovunque in rovina" Norberto Bobbio, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., pag. 1.

¹²³ "Non c'è dubbio che il dogma basilare della scienza giuridica ottocentesca, il cosiddetto dogma volontaristico, su cui i giuristi hanno costruito i loro più belli ed armonici edifici, dalla teoria della rappresentanza parlamentare a quella del negozio giuridico, sia in stretta connessione con la concezione statuaria-legalistica del diritto. Che, infatti, il diritto sia principalmente e originariamente un prodotto della volontà umana, è dottrina che non può non essere incoraggiata o addirittura determinata dal prevalere della tesi che l'organismo sociale, produttore per eccellenza di diritto, sia lo stato, concepito come persona dotata di un potere autonomo e spontaneo di decisione, e quindi di una volontà, e che la fonte giuridica esclusiva nell'ambito dello stato sia la legge, che, in quanto emanazione di un'autorità puntualizzata nel tempo, non può pensarsi se non come atto di volontà. (...) giungendo a definizioni di questo tipo: "il diritto è una norma

La scienza giuridica positivista novecentesca è considerata conservativa verso il potere politico, fortemente condizionata da un impulso ideologico quale quello di identificare il diritto con la legge posta dall'autorità. Il volontarismo giuridico, oltre ad esprimere una concezione statalistica, è caratterizzato dal legalismo etico, ovvero riconduce il dovere di obbedire alle leggi alla loro origine statale.¹²⁴ Questo aspetto, fortemente criticato nel 1942, in *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* sarà descritto come una mera tendenza di alcune dottrine gius-positivistiche, sottolineandone la differenza rispetto alla dottrina kelseniana.¹²⁵ Nella *Consuetudine come fatto normativo*, la critica serrata nei confronti di Kelsen, riscontrata negli anni precedenti, si attenua notevolmente: Kelsen è definito come il "più spregiudicato dei filosofi contemporanei", la sua dottrina come "ciò che di più maturo abbia prodotto la scienza giuridica in Germania."¹²⁶ L'opinione verso la dottrina di Kelsen muta rispetto agli anni fenomenologici: il normativismo giuridico kelseniano non svuota di significato la scienza giuridica, ma ha il merito di aver prodotto una valida alternativa alla concezione imperativistica del diritto.¹²⁷ Ciò non significa che si possa riscontrare una svolta completa; la dottrina di Kelsen è guardata come un possibile punto di riferimento alternativo al volontarismo giuridico, ma conserva ancora dei limiti che vengono esplicitamente descritti da Bobbio.

Uno di questi limiti, che nel 1942 l'autore sente particolarmente stringente, è la centralità che assume la coazione nella dottrina di Kelsen, nonché lo scarso contributo dedicato dal giurista austriaco al problema delle fonti giuridiche.¹²⁸

generale, avente forza imperativa e coattiva; il diritto è un comando generale sanzionato". Norberto Bobbio, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., pagg. 3-4.

¹²⁴ "L'imperatività presuppone evidentemente il titolare di una potestà d'impero: a nessuno altro meglio che allo stato può essere attribuita questa titolarità, che viene a collimare col concetto, più ampiamente elaborato dalla moderna dottrina dello stato, di sovranità. S'intende allora che il diritto, in quanto tutto e sempre statutale, derivando dalla potestà d'impero che caratterizza lo stato, abbia forza imperativa nel tempo stesso e per la ragione medesima che è un prodotto dell'attività dello stato." Norberto Bobbio, *La consuetudine come fatto normativo*, pag. 4.

¹²⁵ Bobbio distingue all'interno di questa teoria due distinte tendenze, una più radicale, una più moderata: "Questa attribuzione di un valore positivo al diritto esistente avviene di solito attraverso due tipi diversi di argomentazione: 1) il diritto positivo, per il solo fatto di essere positivo, cioè di essere l'emanazione di una volontà dominante, è giusto; ovvero il criterio per giudicare della giustizia o della ingiustizia delle leggi coincide perfettamente con quello che viene adoperato per giudicare della loro validità o invalidità; 2) il diritto, come insieme di regole imposte dal potere che detiene il monopolio della forza in una determinata società, serve con la sua stessa esistenza, indipendente dal valore morale delle sue regole, al raggiungimento di certi fini desiderabili, come l'ordine, la pace, la certezza e in generale la giustizia legale." Norberto Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pag. 92.

¹²⁶ Norberto Bobbio, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., pagg. 8-9.

¹²⁷ "Non v'è dubbio che il largo influsso esercitato dalla dottrina Kelseniana, contraria all'imperativismo, sia da mettersi in relazione proprio col senso diffuso della insostenibilità o almeno della unilateralità della concezione rigorosamente imperativistica, che pur era sembrata sino allo Zitelmann un postulato indiscutibile" Norberto Bobbio, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., pag. 7.

¹²⁸ "E vi ha mantenuto fede anche il Kelsen, il più spregiudicato dei giuristi contemporanei, forse perpetuando la confusione, commessa dai seguaci di tutte le tendenze, tra coercibilità e coazione" Norberto Bobbio, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., pag. 8.

Alla dottrina normativista è riconosciuto il merito di aver elaborato una teoria complessa sull'ordinamento giuridico, ma ha il limite di non valorizzare adeguatamente il problema delle fonti giuridiche.¹²⁹

La consuetudine come fatto normativo irrompe, invece, proprio nell'architettura gerarchica ordinata delle fonti giuridiche novecentesche, con l'intento di capovolgere la superiorità della legge giuridica che coincideva, in quel periodo storico, con la decisione politica dell'autorità dominante. La dottrina normativista diviene un'alternativa all'imperativismo dominante, ma non sconvolgerebbe il tema delle fonti, fondamentale per ridimensionare lo statalismo accentratore dilagante di quel periodo. Il lavoro del 1942, infatti, risente di un forte condizionamento dell'istituzionalismo giuridico, capace di offrire una visione del diritto non schiacciata sul tema della legge e di estendere il discorso sul fenomeno giuridico alla pluralità degli ordinamenti giuridici. *La consuetudine come fatto normativo*, che si propone di rivalutare i presupposti e la rilevanza giuridica della consuetudine, risente dell'influenza proprio della teoria istituzionalistica e della pluralità degli ordinamenti giuridici; è singolare notare come l'autore guardi con interesse alla teoria istituzionalistica del Gurvitch, senza citare, però, il più autorevole esponente italiano, cioè Santi Romano.¹³⁰

La fonte giuridica, con l'influenza dell'istituzionalismo, è definita come un fatto naturale, ovvero un "qualsiasi fatto capace di produrre norme giuridiche".¹³¹ La fonte giuridica è un fatto naturale capace di generare delle norme generali e astratte; l'analisi delle fonti giuridiche non coinvolge, infatti, il superamento della generalità e dell'astrattezza come attributi necessari di una fonte giuridica. Bobbio, anche nella battaglia contro il volontarismo giuridico, non attribuisce alla sentenza giudiziale carattere di fonte giuridica, conformandosi alle spinte provenienti dal movimento del diritto libero.

La nozione di norma giuridica rimane dipendente dai requisiti della generalità ed astrattezza: sono le norme generali a fondare l'ordinamento giuridico che conferisce validità

¹²⁹ Il passo a cui si fa riferimento è quello in cui Bobbio esamina le varie teorie alternative a quelle volontariste, analizzando la teoria sociologica e la teoria Kelseniana. Bobbio riconosce ad entrambe dei pregi, ma anche dei limiti: "Vien fatto notare che la prima pecca per difetto, la seconda per eccesso di sistema. Il giurista sociologo considera l'ordinamento giuridico come una famiglia numerosa, che si accresce di giorno in giorno, e purché si accresca, non importa se i figli siano tutti legittimi, onde avviene talora che l'elenco delle fonti si accresca di voci spurie. Il giurista normativista dall'altro canto, immagina l'ordinamento giuridico come un albero genealogico, in cui risalendo di figlio in padre si giunge al capostipite; In entrambe, in fondo, si è smarrito il senso genuino del problema, perché partendo dalle fonti, l'una scopre l'origine sociale del diritto, che è problema sociologico e non giuridico, l'altra ottiene soltanto di giustificare la teoria dell'unicità degli ordinamenti, che è problema giuridico ma non coincide con il problema delle fonti"

Norberto Bobbio, *La consuetudine come fatto normativo*, pag. 16.

¹³⁰ A proposito della pluralità degli ordinamenti interessante è quanto dice Massimo La Torre nella prefazione delle *Lezioni di filosofia del diritto, corso dell'anno accademico 1940-1941* il quale mette in evidenza come Bobbio non citi Santi Romano, prediligendo fare riferimento a Gurvitch. Ciò può essere legato forse a ragioni politiche e al fatto che Romano, scrive Massimo la Torre, in quel periodo, è il presidente del fascista Consiglio di Stato, quello che scrive nel 1938 un parere favorevole alla concessione a Mussolini del grado di primo Maresciallo dell'Impero; Norberto Bobbio, *Lezioni di filosofia del diritto, corso dell'anno accademico 1940-41*, Rubbettino, Catanzaro, 2022, pag. 12.

¹³¹ "Il diritto osservato dal punto di vista istituzionale, è un fatto naturale o, se vogliamo adottare la terminologia del Gurvitch, è un fatto normativo: la volontà è, se mai un fatto normativo tra gli altri, ma non è il solo prevalente." Norberto Bobbio, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., pag. 7.

agli atti individuali. Ciò non vuol dire che gli atti individuali possano essere considerati dotati di forza vincolante, ma essi si trovano su un piano subordinato alle norme generali.¹³² La nozione di fonte giuridica costituisce il punto di partenza della rivalutazione della consuetudine nel quadro della gerarchia delle fonti: la consuetudine è un fatto giuridico capace di produrre norme generali, esattamente come la legge promulgata dal legislatore. La legge e la consuetudine traggono la loro forza vincolante dalla presupposizione di un'autorità sociale: la legge prodotta dal legislatore trae la propria forza vincolante dalla presenza di una 'volontà dominante' che si impone su un determinato territorio; la consuetudine è capace di creare norme generali e astratte perché si appoggia su un altro tipo di forza, ovvero la 'forza della tradizione.'¹³³ Dietro la vincolatività della legge e della consuetudine vi sono due tipi di forze con caratteristiche diverse, in quanto la volontà dominante si basa su un processo cosciente e volontario, la forza della tradizione su un processo inconscio e involontario: "la tradizione è un fatto che si svolge nel tempo, la volontà dominante un atto puntuale, la forza della tradizione è la sua origine immemorabile, la forza della volontà dominante la sua attuale potestà di comando."¹³⁴ L'intera descrizione analitica delle fonti giuridiche diviene un «processo» alla volontà come elemento necessario e indispensabile della giuridicità delle norme; tale processo inizia proprio con la rivalutazione dei presupposti giuridici della consuetudine.

Bobbio evidenzia i limiti della dottrina tradizionale, della scuola storica, della dottrina moderna, le quali, attribuendo il fondamento della consuetudine ora alla convinzione giuridica del popolo, ora al riconoscimento del giudice nell'applicazione della sentenza, non valorizzano il processo indipendente di formazione del diritto consuetudinario, ma lo subordinano a riconoscimenti esterni.

Queste dottrine si ricollegano alla teoria dell'"*opinio iuris ac necessitatis*" che sostiene la subordinazione della formazione della consuetudine al riconoscimento della sua esistenza. In altre parole, secondo questa teoria, la consuetudine consta di due elementi: uno è l'elemento esterno, quale la ripetizione di un fatto, l'altro l'elemento interno o psicologico, quale la convinzione della obbligatorietà della norma; tale teoria afferma che la fase costitutiva della consuetudine risiederebbe nella convinzione psicologica nei consociati della doverosità della sua ripetizione.

Bobbio critica questa tesi, definendola contraddittoria, evidenziando come l'"*opinio iuris*" non sia un elemento essenziale per la formazione della consuetudine, ma subentri nella fase della conservazione della norma consuetudinaria.¹³⁵

¹³² "Contratto e sentenza sono degradati a veicoli della volontà generale della legge verso la volontà individuale dei singoli; non sono essi stessi gli iniziatori di quella corrente psichica da volontà a volontà in cui consiste il comando. (...) nessun ordinamento potrebbe costituirsi solo attraverso norme individuali, onde l'esigenza di stabilire una differenza di grado tra le une e le altre e di dar prevalenza, nella teoria delle fonti, ai fatti costitutivi di norme generali" Norberto Bobbio, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., pag. 28.

¹³³ Norberto Bobbio, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., pag. 31.

¹³⁴ Norberto Bobbio, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., pag. 31.

¹³⁵ "Intanto, si mette in chiaro che nella vita della norma consuetudinaria, così come di ogni altra norma, bisogna saper distinguere due processi diversi: il processo di formazione che conduce alla produzione della norma, e il processo di conservazione che ne mantiene l'efficacia (...) Prendendo le mosse da questa differenza, diventa finalmente chiara la posizione dell'*opinio iuris*: essa appartiene alla seconda fase, non alla prima; essa

Nella fase costitutiva di formazione della norma consuetudinaria occorrerebbe solamente la ripetizione - inconscia ed involontaria- di un fatto naturale, attraverso la 'collaborazione di una generalità di voleri'. In questo modo, il processo di creazione della norma consuetudinaria si sgancia totalmente dalla consapevolezza e dalla volontà dei consociati, spostando l'elemento della volontà in una fase successiva alla formazione della norma.

La consuetudine si formerebbe indipendentemente dalla volontà dei consociati: per l'esistenza della consuetudine occorre la sola ripetizione di un fatto naturale, la volontà entra in gioco solo nel momento successivo, nella fase relativa alla sua conservazione. Dalla confutazione della teoria del convincimento giuridico consegue l'identificazione del diritto con il fatto: la teoria del convincimento rappresenterebbe un mascheramento ideologico volto a negare la provenienza del diritto dal fatto, in quanto il diritto può formarsi anche indipendentemente dalla volontà consapevole.¹³⁶

Non sarebbe solo la consuetudine ad essere indipendente dalla volontà: anche il diritto legislativo trae origine dal fatto, ma le complesse procedure di produzione normativa occulterebbero questa verità che il filosofo del diritto ha il compito di portare alla luce.¹³⁷

Una volta confutata l'essenzialità della volontà per la formazione del diritto, il secondo bersaglio da colpire della dottrina volontarista è l'elemento della coazione, considerato come tratto specifico essenziale del fenomeno giuridico. La tradizione risalente a Tomasio - accolta successivamente da Jhering e Kelsen, volta ad attribuire alla coazione un ruolo fondamentale nella individuazione della giuridicità - sarebbe strettamente legata alla dogmatica statalistica ed incapace di spiegare fenomeni differenti, come ad esempio la consuetudine: la giuridicità delle norme non dipenderebbe dall'elemento coattivo, ma dal loro contenuto. È singolare leggere queste pagine rispetto alla posizione che Bobbio assumerà poi negli anni successivi, quando il carattere coercitivo della norma acquisirà un ruolo di primo piano nella distinzione tra regole giuridiche e regole del costume.¹³⁸

non concorre alla formazione della norma, ma ne garantisce l'efficacia Norberto Bobbio, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., pag.60.

¹³⁶ "Dottrina del convincimento e dottrina giusnaturalistica, per quanto separate da un abisso, hanno in comune, dunque, il vizio di ideologismo, la prima perché riferisce la validità del diritto positivo ad una regola ideale, che non solo non vige nella realtà, ma non è né fissa né universale come la dipingono i suoi vagheggiatori, l'altra, perché la riferisce ad una situazione psicologica, che è troppo generica per poter essere definita e ha nello stesso tempo troppo bisogno di essere spiegata per essere stessa una spiegazione. (...) Il diritto riposa sul fatto? È d'uopo ripetere che la cosa può dispiacere al moralista che vigila in ognuno di noi, ma non è per questo meno vera; e che là dove è questione d'indagine e di chiarificazione concettuale la voce del moralista, la quale è così saggia nel propugnare riforme e nello spingere all'azione, deve essere messa, per quanto ci possa costare un grande sforzo, in tacere" Norberto Bobbio, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., pagg. 69-70.

¹³⁷ "anteriormente al formarsi di una autorità sociale fondata sopra una volontà dominante, la norma giuridica regolatrice di un gruppo sociale sorge dal fatto della ripetizione consuetudinaria, in un secondo tempo la volontà dominante mette in pratica vari espedienti al fine di ridurre l'efficacia del diritto consuetudinario, vale a dire di restringere la sfera in cui il fatto acquista valore normativo; ma questa volontà dominante non può far dimenticare di essere anch'essa all'origine un fatto" Norberto Bobbio, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., pag. 37.

¹³⁸ "Questa sanzione si distingue da quella morale per essere esterna, cioè per essere una risposta di gruppo, e da quella sociale per essere una risposta istituzionalizzata, cioè per essere regolata in genere con le stesse forme e attraverso le stesse fonti di produzione delle regole primarie. Essa ci offre un criterio per distinguere le norme

Nel 1942 il criterio della giuridicità non è associato ad elementi formali, legati all'appartenenza all'ordinamento giuridico; la giuridicità della norma dipende dai contenuti stessi delle norme, in particolare dalla essenzialità del loro contenuto. Non è la coazione ad attribuire giuridicità ad una norma; la coazione è un aspetto consequenziale della giuridicità: quanto più una norma esprima regole essenziali per la convivenza e per la coesione della comunità, tale norma sarà caratterizzata da una sanzione coattiva, altrimenti corrisponderà ad una semplice regola sociale.¹³⁹

Se Kelsen nel 1945 parlava del contenuto delle norme giuridiche proprio per evidenziare la natura coercitiva dell'ordinamento giuridico¹⁴⁰, Bobbio, al contrario, nel 1942 subordina la giuridicità di una norma all'essenzialità del suo contenuto, con lo scopo di ridimensionare l'elemento coattivo e portarlo ad un livello inferiore. La conclusione della *Consuetudine come fatto normativo* introduce – come il lavoro sull'analogia - un nuovo riferimento al diritto naturale, definito come l'insieme delle regole essenziali per la convivenza transfrontaliera dell'umanità. Seconda questa tesi, sarebbe possibile individuare l'insieme di regole essenziali per la coesistenza dei consociati e di tutti gli Stati; regole essenziali che costituirebbero un diritto naturale della coesistenza.

Bobbio, anche in questo caso, non fa riferimento ad un diritto ideale, metafisico che trascende l'esperienza giuridico-sociale, ma ad un diritto naturale, pur sempre positivo, che racchiuda i principi e le regole fondamentali per la convivenza di qualsiasi comunità umana.¹⁴¹

Il criterio dell'essenzialità della regola giuridica per la convivenza della comunità appare nel lavoro sulla consuetudine solo come una nuova soluzione del tratto distintivo della giuridicità, ma in realtà racchiude un contenuto politico, legato al tema della persona che sarà meglio approfondito nelle pagine seguenti.

Bobbio termina il processo di ridimensionamento del volontarismo giuridico attraverso la trasposizione del conflitto tra norme dal piano delle fonti giuridiche a quello degli ordinamenti: la norma consuetudinaria, infatti, non ha la stessa forza vincolante della legge sul piano dell'ordinamento statuale, soccombendo nei confronti di essa in un conflitto tra antinomie; tale soccombenza avviene però sul piano degli ordinamenti, ove l'ordinamento

che abitualmente si chiamano giuridiche dalle norme morali e insieme dalle norme sociali.” Norberto Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino 1993, pag. 128.

¹³⁹ “Le norme giuridiche si distinguono dalle norme del costume per il contenuto stesso, cioè per la natura del fatto regolato. (...) È invece decisivo osservare che in ogni gruppo sociale vigono regole essenziali alla costituzione e alla conservazione del gruppo accanto a regole inessenziali. Regola essenziale ad un gruppo sociale è quella regola senza la quale il gruppo, in quel determinato stadio della sua evoluzione storica, non potrebbe attuare il fine per cui è sorto; o più genericamente, è quella regola che pone in essere i rapporti necessari di convivenza” Norberto Bobbio, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., pag. 82.

¹⁴⁰ La tesi secondo cui la coercizione è un elemento essenziale del diritto non fa riferimento ai motivi effettivi degli individui che sono soggetti all'ordinamento giuridico, bensì al suo contenuto (...) La tesi non fa riferimento al comportamento effettivo degli individui che sono soggetti all'ordinamento giuridico, ma all'ordinamento giuridico medesimo, al fatto che l'ordinamento giuridico prevede sanzioni. Hans Kelsen, *La teoria generale del diritto e dello Stato*, Edizioni di Comunità, Roma, 1945, pag. 24.

¹⁴¹ “La nuova forma, con cui la nostra ricerca lo presenta, è quella di un complesso di principi giuridici essenziali alla costituzione della società universale degli uomini, e quindi comuni a tutti i gruppi sociali storicamente accertabili, di un diritto che è fonte a sé stesso e quindi al di fuori del processo formativo delle fonti” Norberto Bobbio, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., pag. 87.

statuale a base legalistica prevale su quelli inferiori. La prevalenza della legge sulla consuetudine nell'ordinamento giuridico statale non esclude alla norma consuetudinaria di continuare a trovare vigore nel proprio ordinamento di appartenenza.¹⁴²

Dal lavoro sulla consuetudine è possibile sintetizzare i seguenti temi: 1) critica serrata alla dottrina volontaristica, attraverso la rivalutazione della consuetudine e della pluralità degli ordinamenti; 2) demolizione della struttura statalista, ridimensionamento dell'elemento volontaristico e della coattività delle leggi; 3) doppia idea del diritto: il diritto si origina dal fatto e la giuridicità di una norma dipende dal contenuto essenziale per la coesistenza; 4) compito del filosofo del diritto è rivelare la vera natura del diritto; 5) rivalutazione della dottrina Kelseniana rispetto agli anni precedenti, con nuove affinità e persistenti differenze. Si può, infine, riscontrare che il lavoro sulla consuetudine, pur avendo in comune con il lavoro dell'analogia la critica alla dottrina volontaristica, presenti notevoli differenze rispetto al lavoro del 1938. Se nel 1938 la tesi centrale ruotava intorno ad un diritto naturale logico-razionale, nel 1942 le tesi introdotte sono legate ad un'idea fattuale del diritto incentrata sulla pluralità degli ordinamenti. Se nel 1938 gli accenni alla dottrina Kelseniana sono pochi, nel 1942 Kelsen è ormai un punto di riferimento, che costituisce una valida alternativa al volontarismo giuridico.

Dal 1938 Bobbio abbandona ogni riferimento fenomenologico ed entra in una nuova fase: elabora una filosofia del diritto fortemente ideologizzata con la funzione di depurare la conoscenza del diritto dal dominio del volontarismo giuridico.

4. La nozione di «persona» tra gli studi fenomenologici e la filosofia dell'esistenza: il contrasto tra l'individuo e la società

Il simbolo della filosofia di Norberto Bobbio, durante gli anni che precedono la conversione al normativismo giuridico, è la nozione di 'persona,' che attraversa le riflessioni dell'autore dalle primissime opere del 1934 fino alla metà degli anni '40. Il tema investe gli studi sociologici sulla nozione di società, sia le riflessioni teorico-giuridiche sulla nozione di diritto, nonché le ideologie politiche sulla forma di governo migliore da adottare per l'organizzazione dello Stato.

In questi anni la nozione di "persona" rappresenta la risposta ad ogni domanda, un "porto sicuro" nel quale far confluire le domande più scomode, gli interrogativi più difficili. Bobbio riversa in questa nozione il suo ideale di modello di società, nonché il punto di sintesi tra i diversi interrogativi sul mondo del diritto.

La persona rappresenta, sul piano sociologico, il punto di equilibrio del rapporto tra individuo e società; sul piano filosofico la risposta ai problemi teorici sul concetto di

¹⁴² "Ma è pur sempre da avvertire che per quanto la legge statale limiti l'applicazione del diritto consuetudinario, questa limitazione non incide sulla validità del diritto consuetudinario di per sé considerato, ma esclusivamente sulla sua validità nell'ambito dell'ordinamento statale, che è appunto un ordinamento a base legalistica." Norberto Bobbio, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., pag. 95.

giustizia; sul piano politico la nozione che rappresenta la democrazia come alternativa migliore ai totalitarismi e alle autocrazie. La scelta per il valore personalistico è anche espressione della mitezza di Bobbio e della sua capacità analitica di individuare un punto di incontro tra teorie opposte o portatrici di valori differenti.

La “persona” rappresenta, infatti, il punto di equilibrio tra elementi e valori differenti, quali: individuo e società; giustizia-libertà; giustizia-uguaglianza; esistenza e società; totalitarismi-anarchia. Bobbio, in un’epoca attraversata da guerre e regimi totalitari, ritrova nel valore personalistico la sintesi di ogni dissidio, di ogni contrasto: la persona è il valore che diviene motore propulsore della funzione civile della filosofia del diritto.¹⁴³

La filosofia del diritto prodotta in questi anni, soprattutto dal 1938 in poi, è esempio di una filosofia del diritto politica, «impura» e fortemente ideologica, di cui l’autore si serve per prendere posizione e valutare la realtà sociale contestuale. Gli scritti di questi anni sono espressione di una metodologia incentrata sulla funzione civile della filosofia del diritto: il giurista teorico ha il compito di analizzare la realtà, valutandola, criticandola, con lo scopo di contribuire al miglioramento della società. Interpretare la funzione del giurista in questo modo significa vivere l’attività di ricerca come una missione politica, interpretando il proprio ruolo di studioso come quello di scienziato al servizio della comunità.

Per comprendere meglio cosa significasse per Bobbio il predetto impegno, utile è qui riportare alcune parole utilizzate da quest’ultimo in occasione del ricordo del suo maestro Gioele Solari da cui ha ereditato il modo di interpretare la funzione civile della filosofia del diritto: “La funzione civile di quell’insegnamento stava appunto nel tener desta l’attenzione dei giovani sui problemi generali dello stato e del diritto, che erano assai più complessi e profondi di quel che la pubblica ortodossia lasciasse intendere, nell’elevare il problema politico a problema filosofico, e quindi in definitiva a problema di coscienza, togliendogli il carattere di problema pratico, di adesione più o meno coatta ad un regime stabilito, nel rendere insomma altamente problematico quello che nella maggior parte era oggetto di comodo conformismo. Lì in quell’aula a pian terreno del vecchio palazzo universitario, dall’alto di quella cattedra che assomigliava ad un pulpito, l’autorità, l’obbedienza, il potere non erano dogmi ma problemi, la politica non era un oracolo ma una scienza, lo stato non era un idolo, ma un concetto.”¹⁴⁴

Per elaborare una filosofia del diritto critico-valutativa è necessario un parametro di riferimento superiore a cui paragonare il diritto positivo. Bobbio sceglie come parametro di riferimento la giustizia, non intesa come ideale trascendente o metafisico; l’autore si propone di studiare e decodificare razionalmente la nozione di giustizia, sostenendo un’idea di laica di giustizia, lontana da ogni forma irrazionale: la giustizia di Bobbio

¹⁴³ Basti pensare alle parole di Renato Treves sulle prime opere di Bobbio: “ E desidero ricordare questi scritti, non solo per il motivo indicato, ma anche e specialmente per l’importanza che essi hanno da diversi punti di vista: sul piano scientifico, perché rompono il silenzio intorno alla sociologia, disciplina che la filosofia idealistica aveva bandito dalla nostra cultura; sul piano morale, perché difendono il valore della persona umana conculcata dalle forze del regime allora dominante; sul piano politico, perché indicano le possibili origini di un socialismo liberale non marxista di cui oggi tanto si parla e si discute.” Renato Treves, *Norberto Bobbio: sociologia e socialismo liberale*, articolo pubblicato sul giornale “L’Avanti” del 4 novembre 1970, e ora in R. Treves, *Sociologia e socialismo. Ricordi e incontri*, FrancoAngeli, Milano, 1990, pagg 45-47, pag. 45.

¹⁴⁴ Norberto Bobbio, *Funzione civile di un insegnamento universitario*, Il Ponte, agosto - settembre 1949, pag. 1127.

rappresenta il laicismo dell'autore che si allontana da concezioni trascendenti o trascendentali del diritto per riportarlo sul piano delle vicende umane.

Ne consegue un metodo filosofico «impuro», ben diverso dagli anni del normativismo giuridico: la filosofia del diritto di questi anni è un insieme di elementi sociologici, teorici e politici.

Questi scritti, pur appartenendo alla cosiddetta "preistoria", contengono elementi preziosi per poter comprendere anche la terza fase degli scritti di Bobbio, quando l'autore proporrà una nuova teoria del diritto «contaminata» da elementi sociologici e politici, seguendo le nuove influenze del funzionalismo sociologico. Bobbio, in un certo senso, tornerà alle origini, facendo, però, tesoro del bagaglio culturale accumulato negli anni, proponendo una teoria del diritto più matura che integra con equilibrio gli aspetti delle due fasi precedenti. La sociologia costituisce il punto di partenza delle riflessioni sulla persona: le prime considerazioni svolte sul tema sono quelle che appaiono nella prima opera del 1934, partendo dagli studi sociologici di Max Scheler. Il filosofo tedesco, esponente della corrente fenomenologica, poneva il concetto di persona come elemento centrale di connessione tra il mondo fenomenologico ed il mondo dei valori. Tale riferimento rappresenta l'inizio della riflessione sulla tensione tra l'individuo e la società, tema che sarà riproposto nel 1938 con la filosofia dell'esistenza e che acquisirà contorni e significati differenti. Per comprendere tali questioni teoriche è necessario considerare il contesto storico degli anni '30 e '40 non solo sul piano politico (basti pensare al dibattito costituzionale sulla Repubblica di Weimar), ma anche sul piano prettamente economico-sociale (i risultati della rivoluzione industriale che hanno contribuito a creare nuove forme di convivenza sociale).

Bobbio giudica positivamente la filosofia di Max Scheler perché, differentemente dal "sociologismo" tradizionale, attribuiva valore al singolo, senza degenerare in un acuto individualismo. Max Scheler intendeva applicare la fenomenologia al mondo dei valori e la sua idea di persona si allontanava sia da Kant che da Husserl; la persona non è descritta con formule astratte o psichiche, ma essa è definita come il centro delle intenzioni e delle azioni dell'individuo.¹⁴⁵ Secondo l'impostazione fenomenologica di Scheler, la sfera delle essenze della coscienza trascendentale è formata da essenze logico razionali ed anche irrazionali; quelle irrazionali sono costituite dai valori ed il compito del fenomenologo è distinguerle e descriverle. Il valore centrale della persona è la sfera individuale, intesa come essenza distintiva di ogni soggetto, da cui deriva un principio morale di fondamentale importanza, ovvero l'autonomia del soggetto, intesa come presupposto della rilevanza morale di ciascuna personalità.¹⁴⁶

L'aspetto che a Bobbio interessa della filosofia di Scheler non è solo la rivalutazione dell'autonomia del soggetto, ma l'unione di questa autonomia con il legame sociale, rappresentato dalla comunità dei consociati. Scheler distingue un "aspetto intimo" - espressione degli atti singolari del soggetto rivolti alla propria sfera interna - e un "aspetto

¹⁴⁵ "Scheler non prende le mosse né dall'essere di ragione inteso come soggetto di un'attività conforme ai dettami della legge ideale, né dall'individuo psicologico che opera determinato dai fatti della storia: ma dalla persona considerata come unità concreta degli atti intenzionali della coscienza" Norberto Bobbio, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, cit., pag. 44.

¹⁴⁶ "Perché la persona è innanzitutto individualità, e là dove viene soffocata l'individualità, si soffoca la persona." Norberto Bobbio, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, cit., pag. 44.

esterno,” nel quale il soggetto esprime i cosiddetti atti sociali che hanno come destinatario l'intera comunità.

La collettività sociale non rappresenta un ente a sé stante separato dall'individuo, ma è l'espressione dell'“atteggiarsi sociale” della persona: è il prolungamento della dimensione interiore dell'individuo rivolto verso l'esterno.¹⁴⁷

L'errore del “sociologismo” era analizzare la dimensione collettiva esclusivamente da un punto di vista empirico, descrivendola come entità distaccata dall'individuo: la società era il prodotto numero dell'aggregato di “atomi individuali;” in questo modo l'individualità del soggetto era depotenziata ed il soggetto stesso spersonalizzato. Bobbio accoglie positivamente la filosofia di Scheler perché individuava l'origine della collettività nella personalità del soggetto.¹⁴⁸

Bobbio non accetta tutto della teoria dello Scheler, ma, pur rifiutando i presupposti speculativi metafisici-religiosi legati al principio di solidarietà, conserva la concezione della “persona collettiva”, come sintesi degli atti sociali prodotti dalla reciprocità dei soggetti.¹⁴⁹

Nel 1934 gli studi sulla persona rappresentano solo una piccola parte degli studi fenomenologici, mentre dal 1938 in poi, la nozione viene sviluppata e allargata, divenendo il punto centrale della filosofia del diritto di Bobbio.

Nel 1938 Bobbio pubblica alcuni saggi sul valore della persona, applicata agli studi fenomenologici e alla filosofia dell'esistenza. Questi saggi, di primaria importanza per comprendere la tesi centrale del periodo pre-normativista e l'intento politico-sociale dei suoi scritti, sono indicati dal Ferrajoli come l'origine della filosofia politica dell'autore.¹⁵⁰

In questi scritti l'autore riprende sia le riflessioni poste dello Scheler sia quelle dei suoi successori, quali Edith Stein e Gerda Walther: il punto di partenza è il ragionamento sulla sociologia come scienza e la critica nei confronti di quella corrente della sociologia che,

¹⁴⁷ “In ogni persona finita e perfetta Scheler distingue la persona intima e la persona sociale, cioè la persona per sé e la persona membro, in quanto l'una si dirige alla sfera intima, l'altra alla sfera sociale, di appartenenza entrambe alla persona concreta. Dunque, il principio della comunità è dato nell'essenza stessa della persona, in quanto in certi particolari atteggiamenti o, meglio, nell'attuazione di una determinata classe di atti intenzionali, è persona sociale, centro di atti intenzionalmente diretti alla comunità” Norberto Bobbio, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, cit., pagg. 46-47.

¹⁴⁸ “Il senso della comunità e la sua possibile esistenza non sono affatto un risultato riservato alla ricerca empirica: ma anzi questo risultato è legato in modo essenziale e originario col senso della persona, così come quello di un mondo interno e di un mondo esterno” Norberto Bobbio, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, cit., pagg. 46-47.

¹⁴⁹ “Il concetto di persona collettiva diventa il termine del pensiero sociale dello Scheler ed il nucleo di tutte le sue ricerche sociologiche: attraverso esso viene respinta ogni teoria individualistica e atomistica della società e nello stesso tempo viene distolta dalle basi semplicemente empiriche la fondazione della categoria della socialità e posta sopra basi essenziali. La persona collettiva non è una semplice sintesi di persone singole; non è una costruzione artificiosa ottenuta col sommare molteplici persone singole, ma è una realtà vissuta” Norberto Bobbio, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, cit., pag. 47.

¹⁵⁰ A conferma di ciò è quanto dice Luigi Ferrajoli a proposito dei due testi citati che vengono definiti come le prime opere di filosofia politica dell'autore torinese: “se dovessi scrivere una storia della mia iniziazione alla filosofia politica la farei cominciare dai due articoli sopra citati.”¹⁵⁰ Luigi Ferrajoli, *L'itinerario di Norberto Bobbio: dalla teoria generale del diritto alla teoria della democrazia*, Rivista Teoria Politica, Torino, 2004, pag. 2.

attraverso tecnicismi esasperati, depauperava l'autonomia dell'individuo a favore della collettività sociale.¹⁵¹

Una ricerca sociologica deve cogliere l'interconnessione tra l'individuo e la compagine sociale: "non si vuol più sopravvalutare il soggetto sociale sino a farvi scomparire dentro tutti gli' individui in un livellamento che mortifica e annichilisce, né si vuol d'altra parte sopravvalutare l'individuo nella sua singolarità sino a ripudiare ogni ricerca delle discipline sociali col marchio del pseudo-concetto: si tratta invece di cogliere l'individuo e la società nel momento della loro vivente unità."¹⁵²

Una volta rilevata l'interdipendenza tra la persona e la "persona collettiva", il problema è definire l'organo sociale collettivo, partendo dagli studi dello Scheler, dello Stein, e di Gerda Walther.

Le definizioni più utilizzate per definire l'organo sociale collettivo sono le seguenti: "massa", intesa come insieme di individui in cui l'unità si scorge dall'uniforme comportamento dei componenti; "società", come insieme di individui che si utilizzano reciprocamente per raggiungere "meccanicamente" i propri scopi; "comunità", come unione sociale "più perfetta" ove i suoi componenti hanno lo scopo di formarsi e svilupparsi, non come oggetti, ma come organi con differenti funzioni. La differenza tra queste definizioni non è stilistica, ma di significato: nella "comunità" risiede una vera e propria "coscienza collettiva naturale" scaturente da un "allargamento naturale dell'io psichico", dovuto alle caratteristiche intrinseche della struttura della comunità. Se nella "comunità" i rapporti sono intimi, stretti e connessi, la "società" è, invece, caratterizzata da una distanza tra i rapporti che comporta la artificiosità della sua struttura.

"La comunità" è un'unione intima, naturale e sociale; la "società" sorge dalla comunità ed un ampliamento artificioso di essa.¹⁵³ Dalla contrapposizione sociologica di queste due strutture, la comunità appare quale "unione psichica spontanea basata sull'intimità delle proprie relazioni"; la "società, al contrario, come "unione artificiosa e meccanica ove l'individuo rappresenta un mezzo per raggiungere gli scopi di un altro individuo."

¹⁵¹ " Il sociologismo non è propriamente un metodo di ricerca né una ricerca avente un determinato oggetto: è soltanto un punto di vista secondo cui la società viene considerata come un fenomeno reale al di fuori e al di sopra degli individui che la compongono; (...) Il sociologismo, sorto parallelamente all'imporsi dei problemi sociali e al formarsi di nuove organizzazioni sociali sopra e sotto lo Stato, fornì alla fine una legittimazione teorica all'avvento della supremazia pratica del sociale sull'individuale. Con quel suo impuntarsi sulla realtà della società come entità per sé stante e al di sopra degli individui (..) debellò sì l'individualismo genuino o presunto tale delle concezioni classiche, ma finì per debellare sul terreno della teoria e anche sul terreno della pratica, ciò che forse non era nelle intenzioni, l'individuo stesso" Norberto Bobbio, *La persona nella sociologia contemporanea*, Annali dell'Università di Camerino, Jovene, Napoli, 1938, pagg. 6-7-8.

¹⁵² Norberto Bobbio, *La persona nella sociologia contemporanea*, Annali dell'Università di Camerino, Jovene, Napoli, 1938, pagg. Pag. 9.

¹⁵³ "La società non è un'unione delle anime mediante un contatto intimo, ma un'unione secondo le leggi obiettive del pensare e dell'agire (...) bisogna pur aver presente che società e comunità non sono più categorie astratte, poste sullo stesso livello o storico o sistematico, ma sono due stratificazioni, di cui la forma originaria ed essenziale è la comunità: non solo storicamente la società sorge dalla comunità, ma anche logicamente non si può dar società che non sia sorretta da una comunità sottostante. La società giuridica, ad esempio, non sarebbe concepibile se i rapporti giuridici non fossero protetti: le condizioni sufficienti a questa protezione le offre solamente la comunità." Norberto Bobbio, *La persona nella sociologia contemporanea*, Annali dell'Università di Camerino, Jovene, Napoli, 1938, pagg. Pag. 29.

La comunità è un'unione spontanea, la società è descritta come una struttura arida, tenuta in piedi dalla necessità di soddisfare i propri bisogni egoistici.

La nozione di "comunità," al contempo, presenta dei limiti: pur rappresentando un desiderio di riscoperta della spontaneità e il presupposto fondamentale di ogni tipo di "società", è anch'essa un'astrazione piena di contenuto ideologico, che traslascia il ruolo della persona.¹⁵⁴

La nozione di comunità, come qualsiasi altra nozione di organismo sociale, necessita del valore dell'individuo per evitare di spersonalizzare il soggetto e per individuare l'origine del legame sociale; nelle astrazioni della società come meccanismo o come organismo si va a disperdere non solo l'individuo, ma il valore della relazione sociale.

Questo valore lo si ritrova nella dignità della persona come fine in sé stessa:¹⁵⁵ senza il valore personalistico, non vi è una vera unione, ma un "mero raggruppamento" di individui, ove la persona «scompare». ¹⁵⁶

L'errore del "Sociologismo" consisterebbe nello studiare il soggetto solo dal punto di vista "naturale", come essere della natura, disperdendo il valore spirituale e personale dell'uomo, favorendo un approccio deterministico della storia, con la presunzione di poter riassumere le caratteristiche dell'individuo attraverso la scoperta delle leggi della società.¹⁵⁷ L'individuo, in questo modo, è ridotto a "cellula" di un apparato più grande, la cui funzione è ridotta ad accrescere e a comporre la figura a sé stante della "persona collettiva": il "sociologismo" crea una realtà demistificatoria, nella quale "la persona collettiva"

¹⁵⁴ "Sotto la spinta delle nuove correnti politiche la "società" rappresenta il mondo del passato, la "comunità" il mondo nuovo. La società per eccellenza è la società individualistica, a base economica, della civiltà borghese del secolo scorso; e quindi il concetto di società viene sottoposto a quella svalutazione complessiva, a cui vengono sottoposte le forme di vita liberale e borghese. E la comunità, intanto, perdendo di vista il suo primitivo significato, si va riempiendo di tutti i vari contenuti a seconda delle diverse ideologie politiche che l'assumono di volta in volta come società ideale, ma si viene sempre più identificando con la collettività, intesa come associazione superiore ai singoli, che ha quindi fini propri, una propria realtà, e magari anche una propria personalità, che assorbe e vanifica quella dei suoi membri." Norberto Bobbio *La persona nella sociologia contemporanea*, cit., pagg. 32.

¹⁵⁵ "E invero nella società concepita come meccanismo non vi sono altro che individui, i quali si adoperano l'un l'altro come mezzo per raggiungere fini esclusivamente individuali; nella società concepita come organismo gli individui sono tutti insieme mezzi ad un fine generale che li trascende. Né nell'una né nell'altra trova posto la considerazione dell'individuo considerato come fine in sé stesso, in rapporto reciproco con un altro individuo considerato esso pure come fine: l'una e l'altra hanno a che fare insomma con individui e non con persone" Norberto Bobbio, *La persona nella sociologia contemporanea*, cit., pag. 33.

¹⁵⁶ "L'atteggiamento sociale della persona si manifesta appunto nel rispetto degli altri, il che vuol dire che l'uomo è capace di unirsi in una società reale, soltanto quando si renda conto della personalità degli altri uomini, e conformemente a questo suo sentimento fondamentale agisca rispetto a sé e agli altri. La società di persone o comunità è dunque unione intima e fattiva di anime, a differenza della società di individui, società semplicemente, che è puramente un incrociarsi di interessi. Norberto Bobbio, *La persona nella sociologia contemporanea*, cit., pag. 37.

¹⁵⁷ "sta di fatto che nella considerazione della sociologia scientifica non c'è posto per l'uomo come portatore di valori, come centro autonomo di vita spirituale, ma soltanto come essere naturale, vincolato in ogni suo atto alla natura e alle sue leggi, plasmato ora dalla configurazione del luogo, ora dalla qualità del suo sangue, ora dalla costituzione della società stessa, di cui è parte, considerata come un ente reale e per sé stante." Norberto Bobbio, *La persona e la società*, Annali Università di Camerino, Jovene, Napoli, 1938, pagg.164-165.

acquisisce maggiore importanza e rilevanza degli individui che la compongono, considerati facilmente sostituibili e interscambiabili.

Bobbio critica fortemente questo approccio, ritenendo che l'individuo non possa essere studiato tralasciando le sue attitudini creative e spirituali.¹⁵⁸ La rivalutazione del valore del singolo è propedeutica non al ridimensionamento della collettività, ma alla rivelazione dell'interconnessione "naturale e necessaria" tra l'individuo e la socialità: non vi può essere persona senza collettività e non vi è società senza persona.¹⁵⁹

Per tali motivi anche la soluzione dello Scheler non risulta soddisfacente: essa ha il merito di riscoprire il valore dell'individualità, ma non trascura l'inserimento di un valore ideologico d'ispirazione cristiana, incentrato sulla salvezza ed il valore della solidarietà.

Bobbio ricerca una soluzione laica e razionale, incentrata sulla "interconnessione necessaria" tra persona e società, che porta dentro di sé un valore politico come sintesi tra le politiche liberali e le istanze socialiste.¹⁶⁰

Si può, quindi, scorgere il vero significato degli scritti politici sulla persona: suggerire un messaggio politico che tocca direttamente la responsabilità personale degli individui. La soluzione proposta da Bobbio è l'ideale di "società aperta", capace di individuare un punto di equilibrio tra l'autonomia del singolo ed il valore della collettività.

Gli scritti del 1938 possono essere compresi solo se contestualizzati alla luce del difficile contesto sociale e politico che attraversava l'Italia in quei difficili anni.

¹⁵⁸ "ma l'uomo non è soltanto essere della natura, e il sociologismo da quando, innalzandosi sul proprio ambito circoscritto di ricerche, si è trasformato in "filosofia della storia", pretendendo di stringere nelle mani le chiavi per aprire tutti i segreti del progresso umano, da allora ha finito veramente per scacciare la persona umana dal suo regno e per trovare sul suo cammino soltanto degli uomini strumenti di fini superiori e diversi, mostrando in questo suo stesso esclusivismo le ragioni della sua inconcludenza. Personalità vuol dire autonomia e quindi non già necessità, ma creatività; e di fronte all'autonomia della persona non valgono né le spiegazioni biologiche e demografiche, né le tabelle, le statistiche, ed i calcoli di probabilità." Norberto Bobbio, *La persona e la società*, Annali Università di Camerino, Jovene, Napoli, 1938, pag.166.

¹⁵⁹ "A tal fine è necessario da un lato rendere più complesso il concetto di persona, in modo da comprendervi non solo la persona singolare come mondo chiuso in sé e in sé perfetto, ma anche la persona sociale, come mondo aperto verso gli altri che si espande e in questa espansione si perfeziona; dall'altro elevare il concetto di società da società meccanica, biologica ed esteriore a società interiore o comunità, in modo da comprendervi la unione delle persone." Norberto Bobbio, *La persona e la società*, Annali Università di Camerino, Jovene, Napoli, 1938, pag. 168.

¹⁶⁰ "Non c'è bisogno, dunque, di subordinare l'individui a qualcosa di estraneo a lui che lo trascenda; quindi, di spersonalizzarlo per concepire e giustificare la società; la società è già presente nelle persone, in quanto si riconoscono, e in questo riconoscersi reciproco, comunicano tra di loro nei limiti segnati dai bisogni o dall'ambiente o da altre circostanze esteriori, che non intaccano la sostanza della comunione, ma ne delimitano e ne determinano l'ambito. Anzi diciamo meglio che la vera società non è possibile che tra le persone: dove si incontrano soltanto individui che si adoperano l'un altro come mezzo per perseguire i propri fini egoistici che coincidono con i fini egoistici degli altri, la società non è che uno strumento di realizzazione di questi fini, e quindi soltanto una finzione che riveste una realtà prettamente individuale; (...) non vi sono due o più tipi di società : si può dir meglio con maggiore vigore che vi sono due modi di essere dell'uomo rispetto all'uomo. O egli considera gli altri come mezzi e ne è inevitabilmente ricambiato, ed allora la società non sorge se non fittizia o violenza; o egli si unisce agli altri perché li riconosce come persone che hanno i suoi stessi bisogni e i suoi stessi sentimenti e allora sorge una società reale; ma questa società non è un nuovo ente, come vagheggiano i sociologi di positivista educazione, ma è bensì la realizzazione del senso sociale insito in ogni persona quanto tale. Norberto Bobbio, *La persona e la società*, cit., pagg. 176-177.

Questi scritti hanno come interlocutori i cittadini italiani, chiamati a scegliere tra i propri egoismi e un modello di comportamento che sappia innanzitutto tutelare la dignità dell'uomo. A questo proposito, non è scorretto parlare di «umanesimo di Bobbio» per definire questa spinta filosofica, protesa a riportare il valore personalistico in primo piano, allontanando elementi deterministici esterni. La scelta laica per il valore dell'uomo, come protagonista della propria società e della propria storia, è fondamentale anche per la scelta per la dottrina gius-positivistica.

Tale intento politico si scorge ancor di più nelle pagine che l'autore dedica agli autori e ai temi della filosofia esistenzialistica, ove partendo da autori quali Kierkegaard, Heidegger, e Jaspers, l'autore analizza la tensione e la contrapposizione tra l'individuo e la società. Tale contrapposizione assume contorni drammatici soprattutto in Kierkegaard ove vi è una rivalutazione dell'importanza del singolo in misura estrema, come se la solitudine del singolo fosse l'unica dimensione di vita autentica.¹⁶¹

Nella lettura di Jaspers e del Berdiaeff ritorna, invece, il contatto tra l'individuo e il legame sociale, ove si riscopre l'importanza della comunicazione e della relazione sociale nella riscoperta della "persona". In questi due autori, Bobbio ritrova l'interdipendenza tra la società e l'individuo¹⁶² Il legame stretto tra persona e società è il vero tema della sensibilizzazione politica: l'autore propone un'idea di società basata non sugli egoismi, ma sul reciproco riconoscimento della dignità dell'uomo, assunto quale elemento essenziale della comunità sociale.¹⁶³

La persona non assume caratteristiche metafisiche o al di fuori della realtà, essa non è un super-uomo: è la rappresentazione della fragile condizione umana intrisa di incompiutezza e limitatezza: la condivisione esistenziale di questa finitezza costituisce il fondamento della società.¹⁶⁴

¹⁶¹ "La folla, dice Kierkegaard, è la non verità: solo il singolo è la verità. Nella massa degli altri l'uomo si disperde come singolarità, si sminuisce come valore, si affievolisce come esistenza. "A nessuno è preclusa la possibilità di diventare un singolo, tranne a colui che se la preclude da sé, volendo essere folla" Norberto Bobbio, *La persona nella filosofia dell'esistenza*, Archivio di filosofia, fascicolo III, anno XI, 1941, pag. 324.

¹⁶² "La società è, sì, una comoda necessità, ma guai al singolo che vi si annulla: la società è pur sempre costituita al fine di soddisfare l'esigenza della soggettività, non è mai fine a sé stessa. Il singolo diventa una personalità piena non soltanto se sta in società, in cui egli s'identifica con un'idea, ma anche se egli conserva quell'indipendenza che è irriducibile in ogni società. Il singolo che si isola cade nel nulla, ma altrettanto colui che si perde nella generalità dell'oggettività e soggettività sociali" Norberto Bobbio, *La persona nella filosofia dell'esistenza*, archivio di filosofia, fascicolo III, anno XI, 1941, pag. 329.

¹⁶³ "Anzi, io non sono veramente persona, cioè non divento veramente me stesso, se non nella comunicazione con goi altri. Come la società oggettiva è la dispersione dell'individualità, così la comunicazione è il veicolo della personalità. Nella comunicazione l'altro non è né un oggetto né uno strumento, ma un altro me stesso. Il venire in comunicazione con gli altri non è una degradazione ma un incontro sullo stesso piano, anzi un integrarsi vicendevolmente" Norberto Bobbio, *La persona nella filosofia dell'esistenza*, Archivio di filosofia, fascicolo III, anno XI, 1941, pag. 329.

¹⁶⁴ "La persona nasce quando la finitezza è sentita non come limite ma come bisogno di trascendersi, e la finitezza dell'altro non è ostacolo ma incremento. Persona implica incontro, scambio, comunicazione. Alla persona inerisce la comunità. Ecco che persona non indica l'autosufficiente individualità, ma la ricca, intensa, libera socialità degli omini in contrapposte alla società deficiente e coatta propria delle istituzioni soggettive." Norberto Bobbio, *La persona nella filosofia dell'esistenza*, cit., pag. 334.

Se la comunità sociale si erge su questo dualismo, dove l'individuo è protagonista e non spettatore, allora assumono importanza fondamentale la sua responsabilità e la sua decisione nella fondazione e nella costruzione stessa della società.¹⁶⁵

I richiami della decisione e della responsabilità personale degli individui si inseriscono prepotentemente all'interno del contesto politico che caratterizzava quegli anni, ove era fondamentale ritrovare uno spirito critico contro il regime autoritario.

La riscoperta del valore personalistico rappresentava l'opposizione ad un regime che spersonalizzava gli individui e rendeva l'essere umano «l'incarnazione compiuta della legge». La riscoperta di questi valori di comunione porta l'autore ad abbandonare le tendenze esistenzialistiche, troppo ripiegate sulla condizione del singolo, ed abbracciare, sentimenti di comunione diversi, sostenuti sia a livello teorico che in campo politico sociale.¹⁶⁶

5. *Le lezioni universitarie del 1940-41: la nozione di «persona» nella riflessione sulla natura del fenomeno giuridico*

La contrapposizione tra individuo e società e la definizione stessa di organismo sociale attengono prevalentemente alla sfera sociologica, senza interessare in maniera significativa il fenomeno giuridico. Gli scritti degli anni '30, a cominciare da quelli fenomenologici, sono preparatori e anticipatori rispetto a quelli degli anni '40, nei quali il valore personalistico è applicato al campo del diritto. Tutti gli studi condotti sulla nozione di persona sono preparatori ai nuovi scritti sul diritto con delle ricadute di rilevanza significativa sui problemi relativi alla natura e al fondamento del fenomeno giuridico.

Gli scritti di questi anni sono prevalentemente lezioni universitarie, ovvero testi pensati per l'apprendimento degli studenti. Lo scopo didattico di questi testi non ne svaluta la rilevanza storica per la ricostruzione della teoria del diritto di Bobbio, poiché questi scritti non sono manualistici, ma contengono il pensiero teorico dell'autore che si esprime in una visione sistematica ed organizzata del diritto.

¹⁶⁵ "La finitezza dell'uomo si rivela nella società, ma è nello stesso tempo la condizione del costituirsi della comunità. E ciò vuol dire che, posto l'uomo come essere finito e coesistente, la società non è un presupposto necessario e la comunità una conseguenza doverosa. La società è, potremmo dire col linguaggio della filosofia esistenziale, la situazione dell'uomo, la comunità il prodotto della sua *decisione*" Norberto Bobbio, *La persona nella filosofia dell'esistenza*, cit., pag. 334.

¹⁶⁶ "Nel caso specifico, mentre alla polemica con il sociologismo necessitava un concetto di persona che si costituisse in contrapposizione al gruppo sociale, ora che bisognava combattere le spinte all'isolamento e al solipsismo derivanti dalle filosofie dell'esistenza conveniva mostrare soprattutto il momento di quel processo di costituzione: ne rimanevano comunque esaltate l'autonomia e la dignità del soggetto, insieme all'esigenza di questo di non rimanere schiacciato dal corpo sociale o dalla pesantezza della propria solitudine. E l'esistenzialismo, se avesse contribuito a evitare il primo rischio, sarebbe stato troppo esposto nei confronti del secondo (...) La strada giusta era quella di superare la crisi rinnovandosi. E considerando il momento storico particolare – momento di lotta che Bobbio affrontava già attraverso la militanza nel partito d'Azione – la via non poteva che essere cercata nella comunione con gli altri, al fine di fondare nuovi valori." Tommaso Greco, *Un itinerario intellettuale tra filosofia e politica*, Donzelli-Editore, Roma, pagg. 25-26.

Le lezioni universitarie degli anni '40, pur contenendo tanti aspetti tecnici relativi alla dogmatica giuridica, rappresentano una testimonianza del pensiero ideologico coltivato da Bobbio in questi anni, che si esprime in una metodologia critico valutativa del diritto positivo, attraverso l'indagine razionale della giustizia. Questi scritti non sono ideologicamente neutrali e avalutativi; attraverso l'indagine razionale della giustizia, l'autore propone il proprio modello migliore di società.

Nel 1940, pur distinguendo una parte dedicata alla teoria ed una parte dedicata alla giustizia, l'aspetto ontologico e deontologico si integrano reciprocamente: la teoria del diritto è condizionata dalle considerazioni sulla teoria della giustizia. Questo modello di società, che trova la sua centralità teorica nella nozione di persona, è strettamente collegato alla scelta per la democrazia, considerata quale forma di governo migliore per la coesistenza dei consociati. La coesistenza è l'elemento chiave per comprendere questi scritti sia dal punto di vista teorico che politico; la coesistenza è il valore da difendere e opporre agli orrori delle dittature autoritarie e alle guerre. Questo valore, vituperato dagli orrori della guerra, diviene il parametro di riferimento razionale del diritto positivo, nonché principio guida della nuova società da costruire.

La persona condiziona sia l'aspetto teorico che quello filosofico, condizionando la descrizione della struttura dell'ordinamento giuridico, nonché ogni riflessione inerente alla natura del fenomeno giuridico. L'autore distingue l'aspetto scientifico da quello filosofico¹⁶⁷, ma la divisione non è netta come negli anni del normativismo giuridico quando la giustizia sarà espulsa da ogni ragionamento sul fenomeno giuridico: nelle lezioni del 1940-41 la riflessione sulla giustizia condiziona il modo di intendere la giuridicità di una norma e la sua validità.

Un altro elemento rilevante per lo studio del diritto di questi anni è la consolidazione della tesi che associa identifica il fenomeno giuridico con il rapporto obbligatorio; quest'idea era stata già affermata nei testi fenomenologici del 1934 e conservata in tutto il periodo pre-normativista.

Se Croce risolveva il diritto nell'economia e Gentile nell'etica, Bobbio aveva intenzione di attribuire al diritto uno spazio autonomo dell'azione, indipendente sia dall'economia sia dall'etica. La scelta per questa teoria non è un caso e si connette proprio al valore della coesistenza: individuare il fenomeno giuridico nei rapporti obbligatori tra due o più soggetti è un modo per rendere la coesistenza ed il legame sociale elementi necessari del diritto.

Negli anni padovani Bobbio queste riflessioni si integrano vicendevolmente e si connettono con il problema della giustizia del diritto: la sfera autonoma della filosofia del diritto diviene

¹⁶⁷ "Si potrebbe dire anche, con espressioni tradizionali, che, mentre la scienza studia il diritto così come è, la filosofia lo studia come deve essere. Con questa distinzione tra scienza e filosofia, come differenza di atteggiamenti, si giustifica l'esistenza della filosofia del diritto e la si salva dall'assorbimento nella scienza; con ciò non si nega né la sociologia né la teoria generale del diritto, propugnate dai giuristi, ma le si ammettono entrambe pur riconoscendo che sono ricerche di carattere scientifico e non filosofico e quindi non intaccano per nulla l'esistenza della filosofia del diritto" Norberto Bobbio, *Lezioni di filosofia del diritto, corso dell'anno accademico 1940-41*, Rubbettino, Catanzaro, 2022, pag. 29.

il problema della coesistenza, ovvero il problema di connettere l'io individuale con la dimensione collettiva nella ricerca dei mezzi più opportuni per giungere al bene comune.¹⁶⁸ La giustizia diviene oggetto di conoscenza della filosofia del diritto: scopo del giurista non è razionalizzare l'idea trascendente o metafisica di giustizia, ma esprimere ed elaborare un'idea propria di giustizia come valore da perseguire all'interno della società. In questa metodologia non si può riscontrare un intento giusnaturalistico di interpretazione dei valori irrazionali e metafisici, ma una consolidata fiducia nella ragione che permette di analizzare elementi attinenti alla vita spirituale dell'uomo con un'ottica razionale e sociale.¹⁶⁹ La fiducia nella ragione e l'attenzione per il valore della coesistenza, come parametro di riferimento dell'esistenza del diritto, costituiscono gli elementi fondamentali dell'«illuminismo e dell'umanesimo di Bobbio». Se il problema della giustizia si risolve nel problema della coesistenza, la dicotomia persona-società - analizzata nell'impianto fenomenologico e nella filosofia esistenzialistica - acquisisce, nel campo della filosofia del diritto, una nuova dicotomia, ovvero la contrapposizione tra libertà e giustizia. In questa dicotomia si può scorgere la funzione civile elaborata dall'autore e l'opera di sensibilizzazione della sua filosofia: la libertà del singolo deve poter esprimersi in modo da non minare la coesistenza degli individui. Se per Croce la storia della filosofia del diritto si risolveva nella continua tensione tra diritto e morale, per Bobbio negli anni '40 la filosofia del diritto è un continuo richiamo alla dicotomia l'individuo e la società.¹⁷⁰

Il punto di equilibrio tra le libertà dei soggetti è avvertito dall'autore come un vero e proprio dovere, tanto da formulare un vero e proprio imperativo della giustizia che si risolve in una morale della libertà: "usa della tua libertà in modo da rendere possibile la coesistenza."¹⁷¹

La coesistenza è possibile solo se si autolimitano le proprie libertà, ma al contempo, essa non può essere una causa di giustificazione della spersonalizzazione dell'individuo in nome della società: i due termini devono controbilanciarsi e rimanere in equilibrio.

Queste pagine riecheggiano un po' gli insegnamenti delle tragedie greche, ove la democrazia è dipinta come un processo di autolimitazione virtuoso caratterizzato

¹⁶⁸ "Questa volontà sociale si realizza nel tendere al bene, comunque, cioè al bene di tutti coloro che vivono con me in un rapporto di coesistenza, cioè al bene della società in cui mi trovo a vivere, o bene sociale, che, essendo comunque a me e agli altri, si dice bene comunque. La filosofia del diritto dunque è autonoma, perché ha un proprio oggetto: questo oggetto è il problema dei rapporti tra l'io e gli altri io, ed è il problema a cui si riduce, come vedremo, il problema della giustizia, che sin dall'inizio è stato considerato come il problema per eccellenza della filosofia del diritto" Norberto Bobbio, *Lezioni di filosofia del diritto, corso dell'anno accademico 1940-41*, Rubbettino, Catanzaro, pag. 30.

¹⁶⁹ "Arrestare la nostra conoscenza al sentimento vuol dire fermarci al primo gradino: dovere dell'uomo, in quanto essere razionale, è quello di conquistare con la ragione la coscienza di sé e del mondo, per quanto faticoso e difficile possa essere il cammino da percorrere. Condurre innanzi quest'opera di chiarificazione e di razionalizzazione è il compito della filosofia. Ed è soltanto la conoscenza razionalmente raggiunta, cioè filosoficamente fondata, quella che costituisce un saldo possesso del nostro spirito." Norberto Bobbio, *Lezioni di filosofia del diritto, corso dell'anno accademico 1940-41*, cit., pag. 35.

¹⁷⁰ "La libertà è condizione dell'individuo; la coesistenza è condizione della società. Il problema dei rapporti tra libertà e coesistenza si risolve nell'eterno problema dei rapporti tra individuo e società. Tutta la storia della filosofia del diritto è la storia della riflessione su questo problema" Norberto Bobbio, *Lezioni di filosofia del diritto, corso dell'anno accademico 1940-41*, cit., pag. 39.

¹⁷¹ Norberto Bobbio, *Lezioni di filosofia del diritto, corso dell'anno accademico 1940-41*, cit., pag. 39.

dall'«epicheia», come misura di contenimento della «ubris», per favorire e rendere possibile la coesistenza dei cittadini.

Di fronte alle teorie radicalmente individualiste e collettiviste, la soluzione di equilibrio è la nozione di persona, intesa come valore aggiunto dell'individuo e presupposto della società; da questa nozione l'autore elabora un imperativo nell'applicazione del diritto, come pilastro fondamentale della società: "Sii persona e rispetta gli altri come persona."¹⁷² Dalla nozione di persona deriva la descrizione della forma ideale di società, che è la comunità di persone: il compito del diritto diviene il perseguimento della giustizia, che non sarebbe altro che attuare e conservare la comunità di persone.¹⁷³

Ciò non significa che l'autore introduca una nozione di diritto naturale o affermi l'obbligatorietà del diritto subordinata ad un'idea trascendente di giustizia: nulla di tutto questo. Bobbio ha ben chiara la differenza tra diritto positivo e diritto ideale e la considerazione dell'ideale di giustizia come parametro di riferimento della valutazione del diritto positivo. Quando l'autore descrive il rapporto tra diritto positivo e giustizia sembra riecheggiare il secondo capitolo della dottrina pura del diritto, nel quale la giustizia diviene il parametro di riferimento strumentalizzato dal giusnaturalismo conservatore o rivoluzionario.¹⁷⁴ Se, però, Kelsen ritiene la giustizia come un ideale irrazionale, un valore assoluto, impossibile da poter decodificare¹⁷⁵, Bobbio intende elaborare una propria idea di giustizia secondo parametri logico-razionali, immediatamente collegati agli studi sociologici sul rapporto tra individuo e società. Gli scritti di Bobbio non sono una descrizione scientifica del diritto, ma sono espressione della volontà di orientare ideologicamente la società, trasmettendo un'idea del diritto costruita sul valore della responsabilità personale.¹⁷⁶

¹⁷² Norberto Bobbio, *Lezioni di filosofia del diritto, corso dell'anno accademico 1940-41*, cit., pag. 45.

¹⁷³ "Quindi il diritto si può definire come quel complesso di regole che mirano alla realizzazione della giustizia, conducendo l'uomo a rispettare gli altri come persona, e avviando la trasformazione della società reale in comunità di persone. La giustizia è l'idea, il diritto è la realtà: il diritto è la realtà dell'idea di giustizia" Norberto Bobbio, *Lezioni di filosofia del diritto, corso dell'anno accademico 1940-41*, cit., pag. 52.

¹⁷⁴ "Il diritto in quanto regola della volontà, deve valere positivamente, ed è perciò sempre diritto positivo: al di sopra di esso, non vi è altro diritto, cioè un altro complesso di norme, ma soltanto il valore della giustizia, in base al quale possiamo valutare la maggiore o minore conformità alla giustizia del diritto positivo, e dal quale prendiamo ispirazione per correggere, per riformare, per capovolgere il diritto positivo mediante altro diritto che valga al posto di questo e quindi mediante altro diritto positivo. Norberto Bobbio, *Lezioni di filosofia del diritto, corso dell'anno accademico 1940-41*, cit., pagg. 53-54.

¹⁷⁵ "A questo non importa tanto la conoscenza del diritto vigente quanto la giustificazione del medesimo, l'esaltazione di esso ottenuta dalla prova che il diritto positivo è soltanto l'espressione d'un ordine naturale, divino, o razionale, cioè di un ordine assolutamente giusto. Al contrario la dottrina giusnaturalistica rivoluzionaria che ha nella storia della scienza del diritto una parte relativamente modesta, persegue l'idea opposta (...)" Hans Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Piccola Biblioteca Einaudi-Scienze Sociali, Torino, 2000, pag. 59.

¹⁷⁶ "Quanto al secondo caso, rispondiamo brevemente che la legge ingiusta nei confronti della generalità libera i soggetti dall'obbligo dell'obbedienza e dà origine a quel diritto di criticare, riformare, correggere le leggi che può giungere sino all'estremo atto di rovesciare l'ordinamento giuridico vigente mediante la rivoluzione. La rivoluzione è un fatto che instaura un nuovo ordinamento giuridico sulle rovine del vecchio considerato come ingiusto, e in questa sua instaurazione persegue l'idea della giustizia, ponendosi nel divenire della storia come più perfetta adeguazione di quell'ideale che è meta di ogni umana società." Norberto Bobbio, *Lezioni di filosofia del diritto, corso dell'anno accademico 1940-41*, cit., pag. 55.

La seconda parte delle lezioni è introdotta quale analisi della struttura dell'ordinamento giuridico, ovvero come descrizione dell'aspetto ontologico del diritto. Questa seconda parte non è indipendente dalla prima, ovvero dalle considerazioni svolte dalla giustizia, ma è totalmente integrata dall'aspetto deontologico. In questa seconda parte, vi è la ripresa dei temi già elaborati nei lavori precedenti, come le considerazioni sull'applicazione dell'analogia o sui presupposti della consuetudine.

La tesi sull'essenzialità del contenuto giuridico, proposta nel lavoro sulla consuetudine, propedeutica al ridimensionamento dell'aspetto coattivo, è nuovamente riproposta e connessa al valore della coesistenza: sono norme giuridiche le norme che hanno come loro contenuto essenziale la coesistenza tra gli individui.¹⁷⁷

Di significativa rilevanza sono i riferimenti alla dottrina di Hans Kelsen; negli anni '40 si è ben lontani dall'anti-Kelsenismo iniziale, ma, al contempo, pur considerando Kelsen come un autorevole esponente della cultura gius-positivistica, si è ancora lontani dalla conversione di qualche anno successiva. Il giurista nelle lezioni del 1940-41 compie la prima riflessione sulla teoria a gradi dell'ordinamento giuridico con dei risvolti completamente diversi rispetto agli anni successivi.

La filosofia militante di questi anni si rivela insofferente rispetto al linguaggio scientifico valutativo perseguito dal Kelsen e dal peso dell'effettività nella sua teoria del diritto: l'errore della teoria Kelseniana è far ricadere la prova della giuridicità nell'elemento dell'effettività, identificando, in questo modo, il diritto con la forza.¹⁷⁸

Bobbio non confuta sul piano teorico la teoria del Kelsen, ma compie una riflessione di significativa rilevanza, evidenziando che, una volta eliminata la componente irrazionale o metafisica, ogni teoria gius-positivista finisce per legittimare il diritto con la forza. L'autore non confuta questo punto né vuole introdurre valori metafisici; l'autore, consapevole dei limiti della scienza, vuole proporre una teoria ideale del diritto, necessaria per la formazione della nuova società e la difesa del valore della pace. I valori, pur essendo ritenuti irrazionali, devono guidare e orientare il diritto per porre fine agli autoritarismi e favorire la coesistenza: Il piano della filosofia ed il piano della teoria finiscono per intersecarsi e la teoria della giustizia diviene elemento essenziale della giuridicità: Una norma è giuridica se è necessaria alla coesistenza.¹⁷⁹

¹⁷⁷ "Se il diritto ha lo scopo di realizzare l'idea di giustizia, intesa come possibilità di coesistenza, sono norme giuridiche quelle volte alla realizzazione di questa idea, quelle insomma che regolano fatti o atti necessari alla coesistenza. Lo stesso deve dirsi delle consuetudini, che sono una specie di norme: sono consuetudini giuridiche quelle che mirando alla coesistenza degli individui in un determinato gruppo, regolano atti o fatti necessari alla coesistenza medesima e quindi in definitiva sottoponibili alla valutazione del giusto e dell'ingiusto." Norberto Bobbio, *Lezioni di filosofia del diritto, corso dell'anno accademico 1940-41*, cit., pag. 82.

¹⁷⁸ "Ma donde deriva a questa volontà il potere di creare diritto? Non vi è che un'unica risposta: dalla forza. La estrema conseguenza a cui arriva ogni dottrina positivista è alla fine questa: sono norme giuridiche quelle imposte dalla forza prevalente. Con ciò si arriva alla sempre rinascente dottrina della identificazione del diritto con la forza." Norberto Bobbio, *Lezioni di filosofia del diritto, corso dell'anno accademico 1940-41*, cit., pag. 182.

¹⁷⁹ "Si è visto che il diritto è lo strumento di realizzazione della giustizia e si è intesa la giustizia come possibilità di coesistenza. Dunque, possiamo chiamare diritto ogni attività volta a rendere possibile la coesistenza. Le norme giuridiche sono quelle che disciplinano questa attività. Perciò esse sono quelle norme che si pongono come necessarie alla coesistenza." Norberto Bobbio, *Lezioni di filosofia del diritto, corso dell'anno accademico 1940-41*, cit., pag. 183.

Il valore della persona è l'espedito per non abbandonare il diritto alla mera forza, ma ciò non introduce un nuovo diritto che si affianca al diritto positivo. L'autore è ben consapevole che nella realtà quotidiana la giuridicità non deriva dal valore della norma, poiché spesso volte il legislatore crea norme che sono un ostacolo alla coesistenza.¹⁸⁰

Da questo complesso sistema teorico e – a tratti confuso - deriva una teoria ideologica imperativistica che descrive il diritto come un sistema di comandi subordinato al fine della giustizia, ovvero alla realizzazione della coesistenza. Gli scritti successivi fino alla conversione al normativismo giuridico, forse a causa della confusione tra il quadro teorico ed il piano filosofico, non si dedicheranno alla teoria della struttura dell'ordinamento, ma saranno incentrate esclusivamente sull'analisi della giustizia. Ciò che interessa a Bobbio in questi anni è circoscrivere dal punto di vista logico e razionale il problema della giustizia ed il suo discorso diviene esplicitamente maggiormente politico e meno teorico.

6. *Le lezioni universitarie del 1945: la «persona» come valore democratico nella contrapposizione tra liberalismo e socialismo*

Gli scritti collocati a ridosso della seconda metà degli anni '40 immediatamente precedenti alla conversione al normativismo giuridico costituiscono una prosecuzione della metodologia utilizzata nelle lezioni del '40-41. Nel 1945 l'autore, insieme a tanti altri studiosi, compie un viaggio significativo in Inghilterra alla scoperta del funzionamento della democrazia parlamentare, organizzato dal British Council, del quale racconta lo stesso Bobbio all'interno della sua *Autobiografia*.¹⁸¹

Le lezioni del 1945 sono caratterizzate da un linguaggio maggiormente filosofico e politico, scomparendo la parte dedicata alla teoria del diritto; il tema della persona è ancora al centro delle sue riflessioni, ma spostato maggiormente sugli aspetti politici della democrazia. Queste lezioni contengono qualche precisazione sul ruolo della filosofia del diritto e degli scopi che esse persegue, nonché la consolidazione dei temi sulla giustizia e sulla natura del diritto.

Bobbio riconduce definitivamente il diritto ad uno spazio autonomo della vita pratica, fondato sulla teoria del rapporto giuridico: il diritto è la sfera del *socius* che indica il rapporto fra due soggetti che coesistono.¹⁸²

¹⁸⁰ "Il fatto che la volontà dominante possa volere norme non necessarie alla coesistenza o l'altro fatto che norme necessarie alla coesistenza non siano volute dalla volontà dominante, dimostra soltanto che sul piano ideale dove soltanto ha vigore la giustizia, e il piano reale, dove la giustizia si realizza mediante il diritto, vi è una non perfetta adeguazione" Norberto Bobbio, *Lezioni di filosofia del diritto, corso dell'anno accademico 1940-41*, cit., pag. 183.

¹⁸¹ Bobbio definisce questo viaggio come un corso pedagogico sulla democrazia: "come una specie di corso di educazione civica, destinato a persone che avevano percorso gli anni della loro formazione sotto una dittatura" Norberto Bobbio, *Autobiografia*, Laterza, Roma-Bari, 1997, pag. 106.

¹⁸² "Tre sono dunque gli orizzonti, in cui l'uomo esplica la sua attività: il primo è quello dell'ego empirico, egoistico, dell'io di fronte alla natura (...) l'altro è quello in cui l'ego si proietta nell'alter, inteso come somma di tutti gli altri e ne resta annullato; (...) Tra questi due orizzonti trova posto quello della giuridicità in cui non

Bobbio colloca la funzione della filosofia del diritto a metà tra la scienza e la religione; la filosofia condivide con esse l'aspirazione a dare risposte a problemi esistenziali, ma se ne distanzia, acquisendo una propria metodologia di linguaggio. La religione offre risposte esistenziali, ma sfociando nel metafisico che Bobbio definisce mito: compito della filosofia del diritto è provare a dare risposte logico razionali come la scienza.

La filosofia del diritto, al contempo, si separa anche dalla scienza: quest'ultima cerca di dare risposte rigorose e oggettive a problemi particolari, la filosofia, invece, cerca di rispondere a problemi universali. La differenza consisterebbe nel fatto che il filosofo, a differenza dello scienziato, deve trascendere la realtà di fronte alla mancanza di oggettività scientifica: il filosofo, di fronte all'assenza di dati empirici, deve prendere posizione. L'oggetto della conoscenza della filosofia del diritto non è il concetto di diritto, a cui si dedica la scienza del diritto, ma il «senso del diritto», a cui può giungere solo il filosofo che prova a dare un significato alle cose, anche in assenza di prove empiriche. La presa di posizione che ispira i filosofi è il bisogno ed il senso della giustizia: la filosofia del diritto ha il compito di interpretare razionalmente il sentimento della giustizia.

La giustizia è descritta come un valore, un sentimento, da cui deriva il giudizio sui comportamenti altrui; Il giudizio può essere attribuito solo agli atti liberi dell'uomo, cioè a quei particolari atti che l'uomo compie utilizzando la propria volontà, a prescindere dalle necessità naturali. La giustizia si presenta all'uomo come sentimento, come norma ideale delle azioni che l'uomo rivolge ad un altro uomo: rappresenta il criterio di giudizio dell'agire sociale dell'uomo.

Bobbio rifiuta il metodo intuitivo proveniente dalla fenomenologia di Scheler consistente nella apprensione intuitiva degli elementi della giustizia ideale, ma propone una soluzione umanistica: la giustizia si compone dei valori che l'uomo le attribuisce.¹⁸³

Queste pagine sono particolarmente significative per comprendere tutti gli scritti di questi anni; Bobbio non ha intenzione di attribuire un criterio scientifico alla propria teoria, ma colloca la sua metodologia in una sfera diversa dalla scienza. La scienza si occupa del diritto come oggetto specifico, la filosofia si interessa del «senso del diritto». Il criterio scientifico è l'elemento che segnerà la conversione al normativismo giuridico, quando l'autore sceglierà di relegare il problema della giustizia al di fuori delle trattazioni sul diritto.

Negli anni '40, invece, la giustizia rappresenta quel valore che la filosofia del diritto deve indagare razionalmente anche per ottemperare ad una crisi di significati che la filosofia sta

vi è supremazia né subordinazione dell'ego all'alter, ma coesistenza delle reciproche personalità, coordinazione da cui nasce la limitazione. Per effetto della coesistenza sorge una terza figura fra l'ego e l'alter: il socius" Norberto Bobbio, *Lezioni di filosofia del diritto, ad uso degli studenti*, Giappichelli-Editore, Torino, 1945, pag. 59.

¹⁸³ "Mi pare dunque di dover trarre da queste osservazioni la conclusione che il valore è attribuito alle cose dall'uomo, che i valori sono prodotti dall'uomo. La mia soluzione è la soluzione umanistica. Ma, si badi, in questa soluzione c'è una parte riservata alla decisione, nel senso che per quanti argomenti io adduca a sostegno della tesi umanistica, io abbraccio questa tesi non perché vi sia spinto ineluttabilmente dargli argomenti addotti, ma perché la preferisco."

Norberto Bobbio, *Lezioni di filosofia del diritto, ad uso degli studenti*, cit., pag. 70

attraversando; questa crisi scaturisce dall'estraneità della filosofia alle tematiche contemporanee, che comporta il venir meno del compito pedagogico del filosofo.¹⁸⁴

Il vuoto filosofico di questi anni è attribuito allo sviluppo del positivismo e della sociologia per motivi differenti: la corrente culturale del positivismo giuridico ha condotto la filosofia del diritto a concentrarsi solo sul diritto esistente, riducendo la propria ricerca alla descrizione asettica delle nozioni generali dell'ordinamento giuridico. In questo modo il ragionamento filosofico è stato ridotto a elaborazione sistematica di nozioni di teoria generale del diritto.¹⁸⁵ La sociologia ha, invece, invaso il campo filosofico, appropriandosi di una serie di elementi appartenenti al campo della filosofia del diritto, causandone un'altra riduzione.¹⁸⁶ La filosofia del diritto, a causa di questi processi, si è svuotata di un campo autonomo d'azione e di un orizzonte di significati: l'indagine razionale della giustizia è il modo individuato dal giurista torinese per uscire dall'isolamento subito.

Attraverso il collegamento diretto con il problema della giustizia, la filosofia del diritto ritrova la propria "vocazione filosofica" di guida e di impegno civile per i consociati, ritrova un proprio spazio autonomo di azione e cerca di evitare forme di assorbimento e di riduzione che avrebbero come effetto lo svuotamento della propria disciplina.¹⁸⁷

L'indagine della giustizia si svolge su due piani: il piano della descrizione del valore della giustizia ed il piano della valutazione del diritto positivo. La giustizia non appartiene alla sfera dell'essere, ma a quella del dover essere, rappresenta il criterio con cui viene giudicato il diritto esistente.¹⁸⁸ Non vi è alcuna assimilazione tra la giustizia e la legalità di derivazione giusnaturalistica: una cosa è il diritto esistente, altro è la sua valutazione.

¹⁸⁴ Uno degli innumerevoli esempi dell'impegno dell'autore nell'esaminare i contorni della crisi della filosofia in generale può essere il seguente passo: "Sembra così che la filosofia sia diventata un affare personale, e quindi come tutti gli affari personali non interessa che ad un gruppo limitato di persone che a quell'affare sono cointeressate, cioè i filosofi. Si fa la filosofia per i filosofi, e ciò implica la rinuncia alla missione universalmente educatrice della filosofia." Norberto Bobbio, *Introduzione alla filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 1948, pag. 6.

¹⁸⁵ "E pertanto veniva ridotta ad essere null'altro che la scienza che riunisce e collega i risultati delle scienze particolari del diritto, facendo oggetto della propria particolare ricerca le nozioni comuni a tutte le varie materie giuridiche e quindi utilizzabili in tutti i campi del diritto, quali, ad esempio, le nozioni di fonte del diritto, di ordinamento giuridico (...) E poi, da alcuno dei più radicali seguaci del positivismo giuridico le fu tolto anche il nome e fu chiamata – del resto con maggior fondamento - teoria generale del diritto" Norberto Bobbio, *Introduzione alla filosofia del diritto*, Giappichelli-Editore, Torino, 1948 pag. 53.

¹⁸⁶ "Così, durante il positivismo, da un lato, la critica della filosofia portò alla riduzione della filosofia del diritto a teoria generale del diritto, e dall'altra parte la critica del diritto come fenomeno individuale alla riduzione della filosofia del diritto a sociologia" Norberto Bobbio, *Introduzione alla filosofia del diritto*, Giappichelli-, Torino, 1948 pag. 56.

¹⁸⁷ "In un secondo tempo determina il contenuto del valore della giustizia, cioè fissa fra vari sistemi di valori quel sistema in cui la giustizia assuma un significato che è più aderente alla fase storica dell'umanità, a cui il pensatore appartiene e partecipa. Così la filosofia del diritto diventa ideologia della giustizia, e come tale di costituisce veramente come presa di posizione di fronte ai fatti storici e come guida dell'uomo che della storia è attore." Norberto Bobbio, *Introduzione alla filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 1948 pag. 51.

¹⁸⁸ "Il valore appartiene alla sfera del dover essere. Il valore è norma di ciò che è; il valore della giustizia è norma degli atti che vengono compiuti nell'orizzonte della socialità. Questa norma è il criterio delle valutazioni del giusto e dell'ingiusto. Il problema della giustizia si risolverà alla fine nella determinazione del contenuto di questa norma." Norberto Bobbio, *Lezioni di filosofia del diritto, ad uso degli studenti*, cit., pag. 77.

La scienza del diritto si occupa del diritto esistente, la filosofia del diritto della sua valutazione; tenendo ben distinti i due campi, l'autore evita sia di "cadere" nell'ottica giusnaturalistica, confondendo la legalità con la giustizia, e sia di cadere nel legalismo etico, confondendo la giustizia con la legalità, di derivazione volontarista, riducendo il diritto alla forza.¹⁸⁹

Nelle lezioni del 1945 la tensione analizzata negli scritti precedenti, quali individuo e società, esistenza e collettività, si tramuta nella tensione tra la giustizia come libertà e la giustizia come eguaglianza. La tensione esistenziale e sociologica tra individuo e società diviene definitivamente una questione politica: queste due contrapposizioni sono espressione di due ideologie politiche differenti: il liberalismo ed il socialismo. Il liberalismo e il socialismo rappresentano le due ideologie poste a fondamento della nuova democrazia che nascerà sopra le macerie delle guerre e l'obiettivo teorico e politico del giurista è individuare l'equilibrio teorico capace di tenere insieme le differenti istanze politiche.¹⁹⁰

Il piano teorico ed il piano politico si sovrappongono: la giustizia da problema teorico relativo al conflitto tra l'individuo e la società, diviene problema politico, tra liberalismo e socialismo.

Il ragionamento di Bobbio, però, pur nutrendosi di un rilevante «sentimento politico», non si tramuta completamente in un saggio politico, ma viene portato avanti sul piano teorico, atteso che le due teorie politiche nascono da due differenti concezioni della giustizia: la giustizia come libertà, di provenienza Kantiana, e la giustizia come uguaglianza, fondata sul valore della solidarietà.

La libertà e l'uguaglianza sono presentate come due teorie che, se considerate in maniera radicale, risultano incomplete: ricondotte a due differenti punti di vista, isolatamente considerati, non possono risolvere il problema teorico della giustizia.¹⁹¹

¹⁸⁹ "Infatti, se la legge dovesse essere ubbidita per il solo fatto di essere legge, se la giustizia consistesse unicamente nella legalità, cioè nel conformarsi alle leggi, giusto sarebbe colui che si sottopone all'autorità che ha posto le leggi. Ma l'autorità che pone le leggi non è di per sé stessa un valore, ma è un fatto sottoponibile ad un giudizio di valore; non è giustizia, ma forza che è esecutrice di giustizia, ma può anch'essere esecutrice d'ingiustizia. (..) L'uomo della pura legalità, l'uomo che ubbidisce alle leggi, ubbidisce in realtà alla forza, perché tolta la giustizia, non vi è che la forza che pone le leggi." Norberto Bobbio, *Lezioni di filosofia del diritto, ad uso degli studenti*, cit., pagg 78-79.

¹⁹⁰ "Ed ecco che appena noi mettiamo l'accento sul principio della libertà, ci vien fatto di domandarci in qual modo riteniamo di dover soddisfare anche al principio dell'eguaglianza; appena ci soffermiamo sul principio dell'eguaglianza, si pone il problema della libertà. Libertà e eguaglianza non sono due termini scindibili. Formano entrambi nella loro unione, gli elementi costitutivi del problema della giustizia. Nello svolgimento della storia umana questi due principi sembrano escludersi l'un l'altro, ma in realtà sono in continua reciproca tensione, nel senso che l'uno tende verso l'altro. Norberto Bobbio, *Lezioni di filosofia del diritto, ad uso degli studenti*, cit., pag. 151.

¹⁹¹ "Le due concezioni della giustizia come uguaglianza e della giustizia come libertà sono due punti di vista che si integrano a vicenda. Cristallizzare il problema della giustizia or nell'una o nell'altra formula conduce ad una stortura, ad una deficiente comprensione del valore della giustizia. Che queste due concezioni, del resto, siano di per sé stesse insufficienti e abbiano bisogno di una mutua integrazione, si ricava dalla considerazione già precedentemente svolta, secondo cui la giustizia è il valore che presiede ai rapporti sociali degli uomini, e la società umana è quel tutto, i cui elementi costitutivi, di cui non si può non tener conto sono la libertà e la coesistenza." Norberto Bobbio, *Lezioni di filosofia del diritto, ad uso degli studenti*, cit., pag. 153.

Le istanze liberali e socialiste sono espressione di due differenti concezioni della giustizia: l'una poggia sull'individualismo, l'altra sull'universalismo; il liberalismo richiama sul piano sociale la libertà iniziativa economica e la crescita individuale del soggetto, il socialismo la dimensione morale del solidarismo, nonché la società come un'unione di legami affettivi.

L'autore conduce la trattazione delle due differenti ideologie, attraverso la consueta capacità analitica di scomposizione dei problemi e individuazione della strada per rimuovere i punti di divisione. L'autore presenta le teorie come valide da un punto di vista teorico, ma entrambe risulterebbero incomplete se, radicalizzandosi, ignorano i presupposti teorici dell'altra teoria. L'unica soluzione è un'integrazione reciproca e tale integrazione è possibile riconoscendo i limiti di ciascuna teoria.¹⁹²

L'individuo e la società costituiscono gli "urti" delle corrispettive teorie e questi "urti", anziché rappresentare ostacoli da superare, sono i punti da cui partire per una reciproca integrazione.¹⁹³ Per "urto" si intende il limite alla radicalizzazione del pensiero: la solidarietà sociale costituisce "l'urto" della crescita individuale così come il valore dell'individuo costituisce il limite ad un'idea collettivistica della società. Dalla consapevolezza e dalla delineazione dei reciproci "urti", consegue la soluzione del conflitto tra i due opposti termini, che consiste in un equilibrio volto a preservare contemporaneamente l'affermazione della personalità dell'individuo e le esigenze della comunità sociale.

Società e individuo devono coesistere "urtandosi", ma senza far prevalere un termine sull'altro. Quest'equilibrio rappresenta il contenuto della norma di giustizia: "questo punto di coincidenza, variabile secondo i tempi e le circostanze, è il contenuto della norma di giustizia, la quale può essere formulata in questi termini: "il limite che l'individuo pone alla società non deve essere né più avanti né più indietro del limite che la società pone all'individuo."¹⁹⁴

Il processo di integrazione reciproca tra individuo e società trova il suo compimento nella nozione di persona: l'individuo non è persona, ma diventa persona nella relazione con gli altri. Ciò significa che il valore della persona non si acquisisce indipendentemente dalla società come valore insito nell'individuo stesso, ma proprio per mezzo di essa.¹⁹⁵

L'individuo non diviene persona per la presenza di un diritto naturale preesistente o per una teoria religiosa, ma grazie alle relazioni con gli altri individui basate su un reciproco

¹⁹² "La soluzione è offerta da questa antitesi: se la società è un limite dell'individuo e se l'individuo è un limite della società, società ed individuo sono l'una per l'altro reali. Il limite è l'urto di due realtà." Norberto Bobbio, *Lezioni di filosofia del diritto, ad uso degli studenti*, cit., pag. 193.

¹⁹³ Individuo e società non sono due termini che si escludono, ma bensì due termini che s'integrano nel senso che l'individuo è tale nell'urto con la società, la società a sua volta è tale nell'urto con gli individui. Il problema della giustizia consiste nel trovare il punto di questa integrazione, in cui individuo e società, integrandosi, cessano di essere due astrazioni, o diventano una sola realtà. Vale a dire: se l'individuo è il limite della società e la società è il limite dell'individuo, si tratta di trovare il punto di coincidenza tra il limite che l'individuo opera sulla società, e il limite che la società opera sull'individuo" Norberto Bobbio, *Lezioni di filosofia del diritto, ad uso degli studenti*, cit., pagg. 193 e 194.

¹⁹⁴ Norberto Bobbio, *Lezioni di filosofia del diritto, ad uso degli studenti*, cit., pag. 194.

¹⁹⁵ "L'uomo non è persona; diventa persona nell'esistenza con gli altri. La persona non è un dono che spetti all'uomo per virtù soprannaturale; è una conquista storica che l'uomo compie a misura che allarga gli orizzonti della sua socialità, e riconosce gli altri uomini come esseri simili a lui, ed è dagli altri riconosciuto." Norberto Bobbio, *Lezioni di filosofia del diritto, ad uso degli studenti*, cit., pagg. 205-206.

riconoscimento di dignità; in questo modo il conflitto, l'urto tra individuo e società, trova una sua soluzione ed una sua reciproca integrazione: la società non esiste senza persone e l'individuo non ha dignità senza legame sociale.¹⁹⁶ Qui è evidente come il piano teorico ed il piano politico si sovrappongono: la tesi di Bobbio non è solo la soluzione teorica al problema della giustizia, ma esprime chiaramente un'idea di società, di cui il giurista fa promotore: la comunità di persone. Questo modello di società era già presente nei testi fenomenologici ed esistenzialistici, ma nelle lezioni del 1945 acquisisce contorni maggiormente chiari alla luce del contesto sociopolitico di riferimento. La comunità di persone, alla cui base vi è il reciproco di riconoscimento della dignità di persona, è presentata come unica alternativa possibile alla società d'interessi, caratterizzata, invece, da un continuo reciproco sfruttamento; la dimensione teorica e l'impegno civile della filosofia del diritto trovano un punto di convergenza: la comunità di persone trova la sua realizzazione nello Stato democratico.¹⁹⁷ La democrazia è presentata come il punto di convergenza, il punto di equilibrio delle differenti esigenze della società, ove può trovare egual posto la personalità dell'individuo e il solidarismo sociale di provenienza universalistica.

L'ideologia politica e la filosofia del diritto trovano una comune risoluzione: la democrazia è la struttura sociale migliore ove può trovare compimento la giustizia.¹⁹⁸

La giustizia come libertà e la giustizia come eguaglianza trovano la propria sintesi nello Stato democratico che rappresenta la struttura sociale migliore dove poter attuare una pacificazione dei conflitti e l'ideale della giustizia come coesistenza.¹⁹⁹ La democrazia è presentata come la forma di organizzazione sociale che meglio riesce a porsi come sintesi delle differenti esigenze sociali, attuando una forma di pacificazione dei conflitti. La democrazia è la forma di organizzazione migliore della società perché permette la

¹⁹⁶ "Persona è l'individuo non ripiegato su sé stesso, ma proteso verso gli altri, e al quale gli altri si protendono. Persona è l'individuo che racchiude dentro di sé la presenza degli altri e la cui presenza è dagli altri racchiusa nella loro conoscenza. Ciò che trasforma gli individui in persona è la reciprocità del riconoscimento. (...) Ripeto, l'individuo, preso per sé stesso, non è persona: diventa persona nella coesistenza. La persona è l'individuo atteggiato socialmente, l'individuo che non è più soltanto individuo ma è insieme anche società." Norberto Bobbio, *Lezioni di filosofia del diritto, ad uso degli studenti*, cit., pag. 206.

¹⁹⁷ "L'individualismo sbocca, sul terreno pratico, nel liberalismo; l'universalismo nel socialismo. Tra lo stato liberale e lo stato socialista vi è pure una forma intermedia di stato che è sintesi dell'uno e dell'altro: lo stato democratico" Norberto Bobbio, *Lezioni di filosofia del diritto, ad uso degli studenti*, cit., pag. 218.

¹⁹⁸ "Nella lotta tra liberalismo e socialismo, accesi il secolo scorso e aperta tutt'ora la democrazia ha pur sempre rappresentato la salvezza dello stato liberale che non vuole trasformarsi nel suo opposto, e dello stato socialista che non vuole ricadere nell'anarchismo. È stato invocato a volta a volta come correttivo dell'uno e dell'altro. Come tale, ha pur rappresentato il punto d'accordo delle più opposte tendenze. E oggi rappresenta indubbiamente il punto d'arrivo della nostra situazione" Norberto Bobbio, *Lezioni di filosofia del diritto, ad uso degli studenti*, cit., pag. 219.

¹⁹⁹ "Vogliamo semplicemente dire che la democrazia, come termine unitivo delle due opposte e integrantisi esigenze della giustizia, è la direzione verso cui procede la nostra civiltà. (...) che lo stato democratico è quello in cui viene attuata con maggiore adeguazione al modello ideale la libertà nella coesistenza, vale a dire la coesistenza degli esseri liberi; è quindi la più prossima attuazione fra quante la storia contemporanea conosca, della comunità personale, ed in definitiva dell'ideale di giustizia a cui tendono gli uomini liberi di tutti i paesi" Norberto Bobbio, *Lezioni di filosofia del diritto, ad uso degli studenti*, cit., pag. 220.

coesistenza pacifica dei valori in conflitto: la democrazia è il terreno dove attuare la giustizia come coesistenza, ovvero la giustizia come pace.

La democrazia è la rappresentazione dell'equilibrio, della moderazione, «dell'epicheia», e costituisce l'unica alternativa all'anarchia e al totalitarismo, che comportano la prima il rifiuto del legame sociale, il secondo la spersonalizzazione dell'individuo.²⁰⁰ È questo l'esito delle riflessioni teoriche e politiche di Bobbio: nella contrapposizione tra liberalismo e socialismo, tra individue e società, vi è una terza via, la via della "la democrazia integrale", la quale rappresenta la forma di organizzazione sociale migliore dover poter esprimere la connessione tra giustizia e persona.

L'idea della democrazia come terreno di coesistenza dei valori della libertà e della solidarietà è stata espressa con un linguaggio e contenuti differenti anche da Hans Kelsen; ciò testimonia una convergenza ideologica e politica tra i due autori anche nella fase pre-normativista.

In alcuni saggi di Kelsen sulla democrazia, riorganizzati in un volume da Agostino Carrino, emerge un'idea affine alle considerazioni di Bobbio: la democrazia è definita come strumento di pacificazione dei conflitti tra l'individuo e la società e tra il valore della libertà e dell'eguaglianza.²⁰¹

Kelsen analizza minuziosamente alcune caratteristiche del sistema democratico, soffermandosi in particolar modo sul principio democratico, sul sistema parlamentare nonché sul rapporto tra maggioranza e opposizione. Kelsen definisce la democrazia come una sintesi di opposti principi, quali la libertà e l'uguaglianza, che trovano nella democrazia, appunto, possibilità di coesistenza.²⁰²

²⁰⁰ "Oggi abbiamo fatto esperienza, a nostre spese, che individualismo e universalismo, considerati per sé stanti come dottrine per sé perfette, contengono, ciascuna nel proprio seno, i germi di due aberrazioni estreme e nella loro estremità entrambe alla stregua rovinose: l'anarchia e lo stato totalitario. (...) Come l'anarchia è la logica conseguenza dell'individualismo, così l'organizzazione della schiavitù della massa è la logica conseguenza dell'universalismo" Norberto Bobbio, *Lezioni di filosofia del diritto, ad uso degli studenti*, cit., pag. 190.

²⁰¹ "Nell'idea di democrazia – e di questa si deve innanzitutto parlare e non della realtà politica parlare e non della realtà politica ad essa più o meno approssimata- si uniscono due supremi postulati della nostra ragion pratica, due istinti primordiali del vivere sociale tendono al loro soddisfacimento. Uno è la reazione contro la coazione inerente allo stato sociale, la protesta contro la volontà estranea cui occorre assoggettare la propria, contro il tormento della eteronomia. È la natura stessa che, esigendo la libertà, si ribella contro la società. Il peso della volontà estranea, imposto dall'ordinamento sociale, viene sentito tanto più gravoso quanto immediato è nell'uomo il sentimento primario del proprio valore, che si manifesta nella ripulsa di ogni plusvalore altrui, quanto più elementare di fronte a colui che comanda è la reazione psichica di colui che è costretto all'obbedienza: è un essere umano come me, siamo eguali! Dov'è dunque il suo diritto a comandarmi? Così l'idea in tutto negativa dell'eguaglianza si pone al servizio dell'esigenza, del pari negativa, della libertà" Hans Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, a cura di Agostino Carrino, Giappichelli-Editore, Torino, 2004, pagg. 4 e 5, tratto da *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, Bd, 47, Heft 1, 1920, pagg. 50-85. *Zur Soziologie der Demokratie*, Der österreichische Volkswirt, Jahrgang 19, Heft 8/9, 1926, pp. 209-211 e 239-242. *Verteidigung der Demokratie*, Blätter der Statspartei, Jahrgang 2, Heft ¾, 1932, pp. 90-98.

²⁰² "Ma l'esperienza ci insegna che, se nella realtà vogliamo restare uguali, dobbiamo lasciarci dominare. Non per questo l'ideologia politica rinuncia però ad associare l'una all'altra libertà ed eguaglianza, ed è appunto la sintesi di questi due principi che caratterizza la democrazia (...) Se dobbiamo essere dominati, vogliamo però essere dominati esclusivamente da noi medesimi. Politicamente libero è chi non è soggetto ad altra volontà

I ragionamenti di Kelsen hanno uno stile ed un contenuto nettamente diverso da quello di Bobbio, ma richiamano l'idea della pacificazione del contrasto tra l'individuo e la società nel sistema democratico, che sottolinea una ulteriore affinità tra i due filosofi, anche in questa fase.²⁰³

In Kelsen c'è l'idea della democrazia non come il sistema migliore che ci possa essere, ma come l'unico sistema in cui i molteplici conflitti, le diverse volontà, trovano possibilità di esistere, tramite un sistema di compromessi.²⁰⁴ L'unico sistema possibile, come alternativo alle anarchie e alle dittature, in cui non vi è una parte politica che ha il dominio sull'altra, ma un sistema fondato sul relativismo etico che trova nel principio di maggioranza l'alternativa ad un sistema dittatoriale.²⁰⁵

Pur evidenziando i limiti e le contraddizioni del sistema democratico, Kelsen prende posizione apertamente per la difesa della democrazia contro tutti i suoi detrattori e nemici, spiegando che il compromesso democratico, rappresentato dall'assenza di dominio di una parte sull'altra, rappresenta l'unico sistema in cui può esistere la pace sociale.²⁰⁶ Se nella fase prenormativista di Bobbio non si può riscontrare una convergenza metodologica con la dottrina di Hans Kelsen, al contempo si può evidenziare una grande affinità politico ideologica sulla considerazione della democrazia come forma di organizzazione pacifica dei conflitti.

Bobbio, in un saggio del 1980, analizzando alcuni temi della filosofia del diritto di Aldo Moro, ritorna sui lavori del periodo pre-normativista, ammettendo la finalità politica delle

che alla propria. In questo significato il concetto di libertà si ritrova con quello di eguaglianza a fondazione dell'idea democratica" Hans Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, cit., pagg. 4 e 5.

²⁰³ "L'enorme non mai abbastanza valutabile importanza che nell'ideologia politica compete appunto al concetto di libertà, si può spiegare solo in quanto esso scaturisce da una delle più profonde sorgenti dell'anima umana e precisamente da quell'istinto originario avverso allo Stato che mette l'individuo contro la società. Eppure, in virtù di una quasi misteriosa illusione volontaria, questo concetto di libertà si riduce a significare semplicemente una determinata posizione dell'individuo entro la società. La libertà dell'anarchia si trasforma nella libertà della democrazia." Hans Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, cit., pag. 6.

²⁰⁴ "Quanto più insistente è la critica, quanto più consapevole dei propri fini è l'opposizione messa in opera dalla minoranza, tanto più i deliberati della maggioranza acquistano il carattere dei compromessi. Ed è proprio il compromesso ciò che caratterizza la politica della democrazia." Hans Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, cit., pag. 18, cit.

²⁰⁵ "Il rifiuto del principio di maggioranza quale fondamento della democrazia e in particolare il rifiuto del parlamentarismo per la società divisa in classi non riposano tanto sull'idea conoscitiva della inammissibilità del principio democratico per questo caso, quanto piuttosto sulla volontà – razionalmente non giustificabile – di superare il conflitto di classe non per via di un componimento pacifico bensì attraverso l'uso rivoluzionario della violenza, non in modo democratico-compromissorio ma autocratico dittatoriale. Il principio di maggioranza viene respinto perché, a ragione o a torto, viene respinto il compromesso di cui il principio di maggioranza costituisce il presupposto." Hans Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, cit., pag. 75.

²⁰⁶ "Questa fuga dalla democrazia è solo una prova del fatto che la forma politica della democrazia non si adatta ad una lotta di classe che debba terminare con la vittoria decisiva di un partito e la sconfitta annichilitrice dell'altro. La democrazia, infatti, è la forma politica della pace sociale, della composizione dei contrasti, della reciproca comprensione su una linea mediana. E se c'è in generale una via su cui il tremendo conflitto delle classi che lacera così catastroficamente l'unità del popolo tedeschi non spinge ad una sanguinosa catastrofe rivoluzionaria, ma dev'essere risolto per via pacifica, questa è la via della democrazia, che appunto non è voluta da tutti coloro che non vogliono la pace e quello che della pace è il prezzo: il compromesso" Hans Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, cit., pag. 83.

sue teorie ed evidenziando la corrispondenza stretta tra la sua teoria ed il contesto storico e sociale.²⁰⁷ La democrazia viene definita esattamente come il risultato della nozione filosofica di persona, ovvero quale antidoto contro la degenerazione del totalitarismo che conduceva ad una completa spersonalizzazione dell'individuo.²⁰⁸

Ciò non significa che la democrazia fosse la soluzione di ogni male e questo il filosofo torinese lo sapeva bene, riuscendo, con la sua lucida lungimiranza, in un saggio del 1946 a evidenziare quali potessero essere i pericoli da arginare nella società democratica. Nel saggio *Persona e Stato*, il filosofo spiega che la democrazia, pur rappresentando la soluzione di compromesso migliore per una società libera ed integrata, può correre il pericolo anch'essa di assorbire nella sua totalità l'individuo. In altre parole, se partecipazione generale vuol dire assorbimento di ogni dimensione umana da parte dello Stato, allora la stessa democrazia può degenerare nel totalitarismo.²⁰⁹

L'elemento correttivo che l'autore introduce per potere evitare questa degenerazione è porre come limite dell'azione dello Stato la dignità della persona, quasi a prefigurare ciò che verrà poi fatto dall'Assemblea costituente, con l'introduzione della costituzione rigida.²¹⁰

Questi elementi teorici sono la base dell'idea di "società aperta" che verrà utilizzata dal giurista torinese per esprimere la distinzione tra il sistema democratico e il totalitarismo: la "società chiusa" è descritta come la società del misticismo ideologico, dove si prendono in considerazione non gli interessi di tutta la comunità, ma solo di una parte di essa, nella quale predomina una concezione ideologica di superiorità della razza; la società aperta, invece, si

²⁰⁷ "Nello stesso anno 1942-43 svolsi per la prima volta un corso che sarà pubblicato due anni dopo, con la data fatidica dell'aprile 1945, in cui sotto specie di teoria della giustizia esponevo se pure in forma che oggi non esito a definire rozza e ingenua l'ideologia di "Giustizia e libertà" concludendo con una sintesi di liberalismo e socialismo che chiamavo democrazia integrale." Norberto Bobbio, *Diritto e Stato nell'opera giovanile di Aldo Moro*, Il Politico, 1980 pag. 9.

²⁰⁸ "L'esigenza di porre il tema della persona in primo piano nasceva da una reazione morale prima che politica e politicamente ben definita al fenomeno della spersonalizzazione che era uno dei tratti caratteristici dello stato totalitario. Dove lo stato è tutto, la persona umana è nulla" Norberto Bobbio, *Diritto e Stato nell'opera giovanile di Aldo Moro*, cit., pag. 9.

²⁰⁹ "Senonché, anche nelle pieghe della concezione democratica si annida un pericolo permanente di deviazione e di degenerazione, che si risolve in una nuova minaccia di spersonalizzazione dell'uomo. L'essenza della democrazia sta nella partecipazione dell'individuo alla comunità statale; L'essenza della democrazia sta nella partecipazione dell'individuo alla comunità statale; Ma se questa partecipazione si estende al di là dell'ambito in cui l'individuo è portatore di un interesse comune, se la partecipazione diventa totale, coinvolge l'individuo in quanto tale, se lo Stato, non si limita a pretendere dall'individuo quello che l'individuo deve dare allo stato, ma esige l'impiego totale della persona...rischia un'altra volta di trasformarsi nell'idolo divoratore di uomini. (...) Affiora costantemente il pericolo di un assorbimento totale della persona nello stato (..) è il pericolo permanente del totalitarismo" Norberto Bobbio, *La persona e lo Stato*, tratto da Norberto Bobbio, *Tra due repubbliche, alle origini della democrazia italiana*, Donzelli-Editore, Roma, 1946, pag. 83.

²¹⁰ "Il concetto di limite dello Stato di fronte all'uomo-persona ed il concetto di partecipazione degli uomini allo stato entro il limite posto. Ed ecco, allora, che, se lo stato ha un limite, non è più un dio terreno ed il suo volto minaccioso si trasforma in volto benigno. E se entro quel limite lo stato richiede la partecipazione dell'uomo, di tutti gli uomini, lo stato non è più una macchina sovrapposta all'uomo ma è l'uomo stesso nell'incontro col suo simile in una comune volontà di collaborazione. Nella liberazione dagli isoli consiste il progressivo incivilimento dell'uomo" Norberto Bobbio, *La persona e lo Stato*, tratto da Norberto Bobbio, *Tra due repubbliche, alle origini della democrazia italiana*, Donzelli-Editore, Roma, 1946, pag. 85.

interessa di “abbracciare tutta l’umanità” e ha il suo fondamento non nel mito, ma nella ragione degli uomini che costituiscono la società.

Deve essere, però, chiaro che la società aperta è un’idea di democrazia, non la democrazia stessa: la costituzione della società democratica non esaurisce o risolve tutti i problemi, poiché il pericolo del totalitarismo o della legge del più forte rimane dietro l’angolo.²¹¹ L’unico modo per evitare il pericolo del totalitarismo è centralizzare il concetto di persona e dignità umana all’interno della società democratica, in modo da rendere la democrazia non un rivestimento formale, ma un contenuto sostanziale.²¹²

7. Una visione d’insieme della fase pre-normativista

Analizzando gli scritti più rilevanti della cosiddetta fase pre-normativista di Bobbio, si può evidenziare come questa fase non possa essere considerata come un periodo filosofico esprimente un’unica teoria del diritto avente un’unica metodologia. Questa fase filosofica va, a sua volta, suddivisa in più fasi: le opere fenomenologiche del 1934 non hanno quasi niente in comune con gli scritti successivi, in quanto entrambe le opere del ‘34 sono caratterizzate da riferimenti filosofici e da uno stile completamente diverso rispetto agli scritti prodotti dal 1938 in poi.

L’indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica e *Scienza e tecnica del diritto* non rappresentano, però, solo “un’evasione in un porto sicuro”, come è stato, anche correttamente, sottolineato da Paolo Grossi nell’introduzione della ristampa della *Consuetudine come fatto normativo* del 2010: le opere fenomenologiche esprimono una critica al riduzionismo normativo e la volontà di elaborare una scienza che tenga ben separato l’aspetto teorico e l’aspetto pratico del diritto. La critica al riduzionismo normativo è una prima traccia dell’insofferenza verso il potere politico autoritario che si esprimerà negli anni successivi in forme diverse. Nella prima opera del 1934, inoltre, sono presenti le prime riflessioni sulla persona che saranno poi centrali nella critica al volontarismo giuridico e nell’elaborazione della tesi sulla democrazia.

Dal 1938 inizia una nuova fase di scritti di Bobbio; *L’analogia nella logica del diritto* e *La consuetudine come fatto normativo* rappresentano gli scritti più importanti di questo periodo che testimoniano la nuova metodologia filosofica di Bobbio che unisce il piano filosofico-politico con il piano teorico.

²¹¹ “Ma la società chiusa non è morta, sol perché siano caduti tre o quattro stati totalitari. Essa è una tentazione perenne di quell’uomo primitivo che sonnecchia in ciascuno di noi e si desta e si scatena nei momenti di sconquasso sociale” Norberto Bobbio, *Società chiusa e società aperta*, tratto da Norberto Bobbio, *Tra due repubbliche, alle origini della democrazia italiana*, Donzelli-Editore, Roma 1946 pag. 95.

²¹² “In altre parole: dietro alla democrazia come ordinamento giuridico politico e sociale, sta la società aperta come aspirazione, cioè l’aspirazione a quella società che rompa lo spirito esclusivistico di ciascun gruppo, e tenda a far emergere di sotto alle caligini delle superstizioni sociali, l’uomo il singolo la persona nella sua dignità e nella sua inviolabilità” Norberto Bobbio, *Società chiusa e società aperta*, tratto da Norberto Bobbio *Tra due repubbliche, alle origini della democrazia italiana*, Donzelli-Editore, Roma, 1946 pag. 96.

L'idea della funzione della filosofia del diritto di questi anni è evidente nelle lezioni universitarie del 1940 e del 1945: in questi scritti si può scorgere la funzione politica della filosofia del diritto, elaborando un sistema di valori in grado di limitare gli autoritarismi politici, seminando il terreno per una nuova società democratica, dopo gli orrori della guerra. Il valore teorico della persona e l'indagine razionale della giustizia costituiscono gli elementi principali di questa teoria che si esprime teoricamente con la critica al volontarismo giuridico e sul piano politico con il sostegno della democrazia, intesa come sintesi delle dottrine liberali e delle dottrine socialiste.

In tutti questi scritti può riscontrarsi un vero «anti-kelsenismo» solo nelle opere fenomenologiche, nelle quali la critica alla dottrina kelseniana è palese in favore del metodo fenomenologico; dal 1938 in poi, Kelsen diviene un riferimento rilevante per Bobbio, ma non ancora determinante. Nel lavoro sull'analogia e nel lavoro sulla consuetudine, il giurista austriaco è citato molte volte come valida alternativa alla dottrina volontaristica, ma vi è ancora molta distanza rispetto alla conversione del 1949. La distanza metodologica di questi anni, del tutto evidente nelle lezioni del 1940-41, ma questa distanza è controbilanciata dalla affinità politica caratterizzata dalla difesa della democrazia.

In diversi scritti, con metodi e contenuti differenti, entrambi gli autori esprimono un'idea affine di democrazia, definita come organizzazione sociale migliore per favorire la coesistenza delle diversità: la differenza risiede nel fatto che Bobbio ne fa una parte integrante della sua teoria; Kelsen, al contrario, separa le opinioni politiche dalla descrizione del fenomeno giuridico.

III. La metodologia normativista e il «sentimento politico» della conversione al normativismo giuridico

1. Cenni introduttivi sull'interpretazione del normativismo giuridico

Bobbio pubblica nel 1949 il saggio *Francesco Carnelutti, teorico generale del diritto*, un saggio che funge da spartiacque tra la fase pre-normativista e la conversione al normativismo kelseniano. Questo saggio costituisce il primo dei sette lavori, pubblicati tra il 1949-1955, riuniti nel volume *Studi sulla teoria generale del diritto* del 1955, che rivelano la scelta di campo per il normativismo giuridico e che affrontano le prime questioni teoriche sull'ordinamento giuridico da una prospettiva metodologica completamente diversa rispetto al passato.

La scelta per la metodologia normativista "irrompe bruscamente" nel sistema filosofico di Bobbio, perché la funzione civile della filosofia del diritto "incontra" i limiti della neutralità scientifica normativista: il sistema filosofico di Bobbio costruito, fino a quel momento, su una metodologia 'impura', che utilizzava l'indagine della giustizia per teorizzare la scelta per la democrazia, subisce uno stravolgimento nella ricezione dei principi metodologici della dottrina pura del diritto.

Bobbio stravolge il suo metodo filosofico e adotta la nuova funzione del giurista derivante dalla dottrina normativista: il giurista deve espellere i valori dalle trattazioni teoriche e attribuire alla dottrina giuridica carattere scientifico, consolidando e difendendo un'autonoma metodologia per la scienza giuridica.

Non si assiste ad una mera traduzione e ricezione passiva della dottrina kelseniana, ma ad una sua interpretazione e rielaborazione: Bobbio recepisce gran parte degli studi kelseniani, conservando un proprio pensiero critico, perseguendo lo scopo di migliorare e ampliare il percorso tracciato dal giurista austriaco. L'interpretazione dei temi della dottrina kelseniana non sarà omogenea per la durata di tutta la fase normativistica, ma sarà caratterizzata da continue oscillazioni, incertezze e cambi di posizione che contribuiranno a incentivare la riflessione critica sulle questioni fondamentali del fenomeno giuridico.

In questo capitolo si individueranno le basi teoriche poste a fondamento per la scelta della dottrina normativista, evidenziando la lettura e l'interpretazione kelseniana da parte di Bobbio, con lo scopo di mettere in luce le affinità e le differenze. Quest'analisi si propone lo scopo di indagare anche le motivazioni della scelta per la dottrina kelseniana, cercando di comprendere se la scelta per la dottrina normativista sia solo una preferenza metodologica oppure occulti delle ragioni più profonde.

A quest'ultimo interrogativo è possibile provare a rispondere solo con un confronto con gli scritti degli anni precedenti ed una digressione sulle ideologie politiche e morali dell'autore, nel tentativo di individuare gli elementi, se esistenti, che esprimano una certa coerenza e continuità teorica.

2. La conversione al normativismo giuridico: la norma giuridica quale premessa fondamentale di qualsiasi teoria del diritto

Kelsen e Bobbio non hanno avuto particolari rapporti personali, essi si sono incontrati una sola volta nel 1957 a Parigi in occasione di un convegno dell'Institut International de philosophie politique, senza avere particolari interazioni; il giurista austriaco rappresenta per Bobbio il punto di riferimento principale per la teoria generale del diritto, per la teoria politica e per gli studi sulla democrazia, come sottolineato dall'autore all'interno della sua *Autobiografia*.²¹³

Il progressivo avvicinamento tra la teoria di Kelsen e la teoria di Bobbio, registrato a partire dal 1938, si compie definitivamente nel 1949: gli studi di Norberto Bobbio recepiscono in maniera rilevante l'impostazione metodologica della teoria pura del diritto, con importanti conseguenze sui contenuti dei lavori del filosofo torinese.

La fase prenormativista, come già sopra si è riscontrato, è scomponibile in più fasi: dopo l'allontanamento dalla fenomenologia di Husserl, Bobbio introduce dei riferimenti ripetuti alla dottrina di Kelsen e, pur conservando una grande distanza metodologica, la dottrina del giurista austriaco cominciava ad essere commentata sotto una luce differente. Dal 1938 può rilevarsi, oltre questo aspetto, anche l'inizio di una nuova fase, incentrata su un metodo filosofico 'impuro,' ancora lontana dai contenuti kelseniani, che mescolava e integrava l'aspetto teorico e l'aspetto ideologico-politico. Il lavoro dell'analogia del 1938 e quello della consuetudine del 1942 testimoniano un nuovo metodo filosofico che integra aspetti teorici della dogmatica giuridica ad elementi ideologici a supporto di un'idea di giustizia che diviene espressione di un messaggio politico di pace e coesistenza democratica delle diversità.

Il fulcro teorico di questa idea di giustizia è la nozione di persona che diviene l'elemento centrale di questo nuovo metodo filosofico: la persona rappresenta il punto di incontro tra l'individuo e la collettività, tra le libertà individuali ed il principio di eguaglianza, nonché simbolo del valore della coesistenza democratica.

Con lo scritto *Francesco Carnelutti teorico generale del diritto* del 1949, tale impostazione metodologica subisce un radicale cambiamento: la dottrina normativa contestata dall'età fenomenologica, a cui si opponeva una scienza di essenze, diviene ora la guida della nuova dottrina giuridica che parte dall'elemento normativo per fondare il proprio sistema teorico. La teoria del rapporto giuridico obbligatorio, così importante nelle lezioni universitarie della seconda metà degli anni '40, cede il passo alla priorità teorica della norma: la norma e la coazione, ritenuti nella fase pre-normativista quali aspetti pratici o secondari del diritto, divengono le basi fondamentali per attribuire alla dottrina giuridica un carattere scientifico. Il metodo di ricerca e i contenuti della teoria del diritto di Bobbio cambiano drasticamente,

²¹³“Kelsen occupa un posto fondamentale non solo nei miei studi di teoria del diritto ma anche in quelli di teoria politica. A Kelsen devo di essere diventato un sostenitore della cosiddetta concezione procedurale della democrazia (...)” Norberto Bobbio, *Autobiografia*, a cura di Alberto Pupazzi, Laterza, Bari, 1997, pag. 142.

tanto che, a questo proposito, si parla di una vera conversione dell'autore alla teoria del normativismo giuridico.²¹⁴

Bobbio, dopo la stesura di questo scritto, inizia lentamente a gettare le basi per il positivismo giuridico metodologico teorizzato nel 1965, scomponendo analiticamente i diversi aspetti della filosofia del diritto, differenziandone i diversi ambiti di competenza e individuando nell'aspetto del metodo l'elemento centrale dell'intera filosofia gius-positivistica.

Gli scritti, che intercorrono tra il 1949 e il 1955, devono essere analizzati come le radici del lavoro teorico e scientifico che Bobbio pubblicherà nel 1965: senza questi scritti e il confronto con quelli precedenti al 1949 è impossibile comprendere il senso di *Positivismo giuridico e giusnaturalismo* e cogliere quali siano gli aspetti di continuità tra due fasi filosofiche così profondamente diverse. *Francesco Carnelutti teorico del diritto* e *Teoria generale del diritto come teoria del rapporto giuridico* del 1952 rappresentano la presa di posizione dell'autore per il normativismo giuridico: l'autore esprime la preferenza per la dottrina della norma giuridica, evidenziando la contraddizione interna della teoria imperativistica del Carnelutti e della teoria del rapporto giuridico di Alessandro Levi.

Questi scritti hanno assunto nel corso del tempo una notevole importanza, segnando il crocevia storico tra periodi temporali profondamente diversi: il Bobbio filosofo politico degli anni giovanili ed il Bobbio teorico del diritto, teorizzatore del positivismo giuridico metodologico e divulgatore della teoria kelseniana.

Nello scritto del 1949 Bobbio analizza la teoria imperativistica di Francesco Carnelutti già con un approccio diverso rispetto al passato, che rivela un cambiamento di importanza non secondaria: la lettura della teoria del Carnelutti è critica, ovvero l'autore si interroga sulla coerenza del discorso teorico portato avanti dal Carnelutti, con lo scopo di verificare una connessione logica tra le premesse di partenza del filosofo toscano e le conclusioni dei suoi ragionamenti. Il giurista non analizza solo i contenuti della teoria del Carnelutti, ma si concentra innanzitutto sul metodo utilizzato dall'autore, con l'intento di verificare la rigorosità logica e linguistica dei suoi ragionamenti, ovvero il rispetto del metodo scientifico che diventerà centrale con la scelta per la filosofia analitica del 1950.

La teoria del Carnelutti è definita quale teoria generale del diritto, poiché si propone lo scopo di analizzare la struttura dell'ordinamento giuridico e non i singoli contenuti delle norme giuridiche. La teoria del Carnelutti, al contempo, è un esempio di teoria imperativistica, poiché definendo il diritto "quale insieme di comandi la cui funzione è di imporre l'etica all'economia," considera le norme giuridiche quali meri comandi imposti da chi è detentore del potere politico. Bobbio, oltre a non condividere la definizione del Carnelutti, risalta l'aspetto ideologico che accompagna la trattazione teorica degli argomenti: la teoria del Carnelutti è ideologica poiché introduce - nella descrizione della struttura dell'ordinamento giuridico - un riferimento all'aspetto teleologico sullo scopo del

²¹⁴ "Parlo di conversione perché soltanto così spiego, da un lato, l'oblio in cui ho lasciato sprofondare i miei scritti giuridici precedenti, dall'altro, la confessione più volte fatta, secondo cui alla rottura violenta col passato avvenuta nella storia del nostro paese tra il 1934 e il 1946 ha corrisposto una frattura nel corso della mia vita privata e pubblica, intellettuale morale. *Incepit vita nova.*" Norberto Bobbio, *Diritto e potere*, Introduzione di Agostino Carrino, Giappichelli, Torino, 2014, prefazione, pag. 3.

diritto.²¹⁵ La caratterizzazione teleologica della definizione del fenomeno giuridico scaturirebbe da un sentimento ideologico, ritenuto non idoneo alla nuova metodologia normativistica che decide di disinteressarsi della funzione delle norme giuridiche. Tale metodologia vuole tener ben separata la descrizione della struttura dell'ordinamento giuridico dal ragionamento intorno alla funzione teleologica del diritto. La critica rivolta al Carnelutti è particolarmente interessante perché, criticando l'opera per il suo aspetto ideologico, Bobbio «contraddice» implicitamente tutti i suoi precedenti scritti, caratterizzati, come riscontrato sopra, da diverse definizioni teleologiche del diritto.

Le considerazioni del giurista, oltre a opporsi ai suoi scritti precedenti, saranno poi smentite anche dalle nuove riflessioni che egli stesso compirà sulla scienza giuridica con la svolta funzionalistica degli anni '70, quando il filosofo torinese si farà promotore di una teoria generale del diritto che integrerà la descrizione della forma dell'ordinamento con la descrizione dello scopo del diritto.

Nel 1949, invece, l'integrazione di questi due aspetti è considerata come una contaminazione metodologica che mina l'autonomia della scienza giuridica e confonde metodi differenti, quelli del giurista-scienziato e quello del filosofo-sociologo. Il primo errore, quindi, della teoria del Carnelutti sarebbe quello di non rispettare la purezza metodologica dello scienziato che non può introdurre - nella descrizione strutturale dell'ordinamento - considerazioni soggettive sullo scopo morale del diritto.

Il secondo elemento preso come bersaglio dall'analisi di Bobbio è la concezione imperativistica del diritto che si deduce, oltre che dalla definizione del diritto quale "insieme di comandi", anche da tutti gli altri riferimenti del Carnelutti. La nozione di comando sarebbe una definizione semplicistica del fenomeno giuridico, incapace di riassumere tutti gli esempi di atti giuridicamente rilevanti, quali ad esempio gli atti consuetudinari o gli atti del diritto internazionale.

Tale critica sarebbe, inoltre, confermata dal fatto che, secondo la teoria del Carnelutti, il diritto internazionale non rappresenterebbe un vero e proprio diritto e la consuetudine sarebbe un mero "fenomeno naturale", appartenente alla categoria degli atti pre-giuridici. Questi risultati teorici rappresenterebbero i limiti della teoria imperativistica di spiegare scientificamente tutti i fenomeni del diritto e ciò sarebbe la diretta conseguenza di una teoria generale del diritto ormai superata, legata ad una ideologia statalistica, miope rispetto a tutti gli altri fenomeni giuridicamente rilevanti.²¹⁶

²¹⁵ "Ora, non si vede come il problema della funzione del diritto possa costituire una parte della teoria generale del diritto, la quale descrive la struttura dell'ordinamento, e attraverso la struttura il suo funzionamento, che è cosa ben diversa dalla funzione: il problema della funzione, se si deve intendere nel suo significato normale, è uno di quei tipici problemi extra-dommatici che non possono essere risolti che in una sede diversa da quella in cui si colloca il giurista, cioè in sede filosofica, dal momento che ogni soluzione di quel problema implica una presa di posizione ideologica." Norberto Bobbio, *Studi sulla teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1954, pagg.10-11.

²¹⁶ "Se c'è ambiguità nella considerazione della consuetudine, qual è proposta dal Carnelutti, più che l'autore è da incolpare la teoria, che egli ha adoperato, teoria in cui non rientrano i fenomeni di produzione giuridica consuetudinaria, tanto che a colui che le usa non rimangono aperte che due vie: o non spiegare o spiegare deformando." Norberto Bobbio, *Studi sulla teoria generale del diritto*, cit., pag. 19.

Alla soluzione imperativistica del Carnelutti, Bobbio oppone la preferenza per la teoria del normativismo giuridico, ritenuta più idonea a descrivere l'essenza del fenomeno giuridico ed a correggere tutte le carenze teoriche dell'imperativismo giuridico.

Il normativismo giuridico è un'espressione con la quale si fa riferimento a quell'insieme di teorie generali del diritto che, per descrivere l'essenza e la struttura del fenomeno giuridico, analizzano il diritto partendo dalla nozione di norma, come premessa metodologica principale di qualsiasi ricerca.

Tale impostazione non è un'invenzione di Bobbio, ma rappresenta, sostanzialmente, la ricezione della metodologia della teoria pura del diritto di Kelsen, caratterizzata dalla volontà di elaborare un campo di ricerca su aspetti squisitamente normativi, con l'intento di espellere, dalla scienza del diritto, tutti gli elementi ad essa estranei.

Kelsen parte dalla nozione di norma giuridica per individuare l'oggetto della scienza giuridica e la definisce quale "schema qualificativo", che ha la funzione di attribuire agli atti naturali un significato giuridico. Oggetto della scienza giuridica sono solo quegli atti naturali a cui una norma giuridica attribuisce un determinato significato: la norma giuridica distingue ciò che è giuridicamente rilevante da ciò che è irrilevante dal punto di vista giuridico. In questo modo la teoria generale del diritto acquisisce un preciso campo di analisi: essa analizza solo quegli atti o fatti individuati da una norma giuridica, a cui quest'ultima attribuisce un determinato significato.²¹⁷

Bobbio ritiene che il limite principale dell'imperativismo giuridico consista nel ridurre il fenomeno giuridico nella nozione psicologica e sociologica di comando, che descrive la posizione psicologica dell'individuo in relazione alla norma giuridica, proveniente dalla struttura centrale dello Stato: il comando rappresenterebbe lo status di subordinazione dell'individuo all'apparato dello Stato.

La teoria normativista, al contrario, si propone di osservare la norma giuridica da un punto di vista oggettivo, definendola non come imperativo prodotto dallo Stato, ma come giudizio ipotetico costruito sullo schema della proposizione giuridica.²¹⁸

La conversione al normativismo giuridico di Bobbio non si deduce solo dalla critica nei confronti della dottrina imperativistica del Carnelutti, ma anche dalle considerazioni sollevate nei confronti della teoria del rapporto giuridico, oggetto del saggio *Teoria generale*

²¹⁷ "La dottrina pura del diritto, come specifica scienza giuridica, non rivolge la sua attenzione alle norme giuridiche considerate come fatti di coscienza, né alla volizione o alla rappresentazione di queste, ma la rivolge alle norme giuridiche come strutture qualificative volute o rappresentate. Essa comprende qualsiasi fatto solo in quanto è contenuto di norme giuridiche, in quanto è, cioè, determinato da norme giuridiche. Il problema della dottrina pura del diritto è quindi quello della specifica autonomia di una sfera comprendente atti e fatti che hanno un significato." Hans Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 2000, pagg. 54-55.

²¹⁸ "Si tratta, come ognuno capisce, della teoria normativa, la quale relegando il momento del comando tra i fenomeni psicologici e sociologici, ritiene di non averne bisogno ai fini di una costruzione teorica della scienza giuridica. Soffermandosi, invece, su ciò che propriamente cade sotto l'indagine del giurista, cioè sulla regola o meglio sulla formulazione della regola, sia essa giunta ad esistenza attraverso una volontà imperativa o attraverso un qualunque altro fatto psichico o sociale, che è fuori questione, la teoria normativa definisce il diritto come giudizio su di un comportamento o su una relazione di comportamenti, o, con altre formule sostanzialmente riconducibili ad un'unica ispirazione, come una proposizione normativa, come una valutazione, e simili." Norberto Bobbio, *Studi sulla teoria generale del diritto*, cit., pag. 20.

del diritto come teoria del rapporto giuridico del 1952. In questo saggio Bobbio analizza la teoria generale del diritto di Alessandro Levi con lo stesso metodo utilizzato per la teoria del Carnelutti: verificare la coerenza logica tra le premesse di partenza ed i risultati teorici di tali premesse.

Il limite della teoria di Alessandro Levi consisterebbe nella smentita dell'obiettivo di partenza: attribuire alla nozione di rapporto giuridico la funzione di distinguere il fenomeno giuridico dalla sfera economica e dalla sfera morale. Il Levi definisce il rapporto giuridico come elemento distintivo del diritto e tale esigenza nasceva in contrapposizione alle teorie di Croce e Gentile, i quali riconducevano il diritto ora alla sfera economica, ora alla sfera morale, affermando l'impossibilità di attribuire alla sfera giuridica un autonomo campo dell'agire. La teoria del rapporto giuridico cerca di raggiungere il risultato opposto, ovvero attribuire al diritto una sfera autonoma dell'agire, che era lo stesso obiettivo perseguito da Bobbio nella fase pre-normativista; il rapporto giuridico, esprimente una relazione di potere-dovere tra i consociati, sarebbe il tratto distintivo del diritto, capace di distinguere ciò che appartiene alla sfera giuridica da ciò che le è estraneo.

Bobbio, analizzando analiticamente la teoria del Levi, evidenzia come tale tentativo sia destinato a fallire, in quanto la nozione di rapporto giuridico non costituisce una nozione primaria del diritto, ma una nozione derivata, smentendo, quindi, i suoi studi precedenti. La nozione di rapporto giuridico è considerata come incapace di ottenere questo scopo: non basta da sola a rappresentare la giuridicità di un fatto o di un atto, ma la definizione giuridica di un rapporto è la conseguenza della funzione esercitata dalla norma giuridica. Il rapporto giuridico non può costituire la premessa teorica di partenza: un rapporto è detto giuridico solo grazie all'esistenza di una norma giuridica valida. In sostanza, la teoria del rapporto giuridico, invece che costituire il tratto distintivo del fenomeno giuridico, non è altro che un rafforzamento della validità teorica del normativismo giuridico.²¹⁹

Il discorso fatto per la teoria del rapporto giuridico vale, in maniera analoga, anche per la teoria istituzionalistica, cioè per quella teoria che individua l'essenza della giuridicità nell'elemento della "comunità organizzata" e che sostiene la teoria della pluralità degli ordinamenti, in contrapposizione alle teorie statalistiche ottocentesche.

La teoria istituzionalistica - determinante per la stesura della *Consuetudine come fatto normativo* del 1942 - pur avendo il merito di combattere lo statalismo del positivismo giuridico tradizionale, condurrebbe al medesimo risultato della teoria del rapporto giuridico: invece che confutare il normativismo giuridico, finirebbe per affermarlo. Bobbio evidenzia che l'esistenza di un gruppo organizzato, elemento fondamentale della teoria istituzionalistica, non può prescindere dalla funzione della norma giuridica, ma è una

²¹⁹ "Invece la posizione, assunta dal Levi nei confronti del problema del nesso tra rapporto e norma, ci offre una soluzione del tutto opposta: non è la norma che è giuridica perché regola un rapporto per sua natura giuridico, ma è il rapporto che diventa giuridico perché è regolato da una norma giuridica.

Ma allora viene fatto di domandarsi: ciò che definisce una determinata esperienza come esperienza giuridica è il fatto di essere costituita da rapporti di questa o quella struttura, o non piuttosto il fatto di essere regolata da norme così e così costituite? (...) Affermando che il rapporto giuridico è tale in quanto è disciplinato da una norma giuridica, egli viene ad accettare ciò che è il caposaldo della teoria normativa, vale a dire che il rapporto giuridico è di per sé stesso un rapporto di fatto che diventa giuridico solo in quanto è regolato da una norma." Norberto Bobbio, *Studi sulla teoria generale del diritto*, cit., pag. 64.

diretta conseguenza di una disciplina normativamente valida. L'istituzionalizzazione di un gruppo organizzato non può esistere in assenza di norme giuridiche, poiché il carattere organizzativo dipende da elementi specifici, quali la delineazione dei fini, dei mezzi e delle funzioni del gruppo; tali elementi sono possibili solamente attraverso un sistema di regole e non indipendentemente da esso. Ne consegue che, anche la teoria istituzionalistica, così come quella del rapporto giuridico, sono una conferma del carattere prioritario della norma giuridica all'interno della teoria del diritto e la prova della validità metodologica del normativismo giuridico.²²⁰

Attraverso la confutazione della teoria imperativistica, del rapporto giuridico e di quella istituzionalistica, Bobbio esplicita la conversione al normativismo giuridico e la smentita delle sue posizioni precedenti, ponendo le basi per l'elaborazione del positivismo giuridico metodologico e per una teoria generale del diritto formale e scientifica. La volontà di elevare la giurisprudenza a scienza e ideare una teoria generale del diritto fondata sulla norma giuridica rappresentano la conseguenza della ricezione della metodologia della teoria pura del diritto di Kelsen: il giurista austriaco diviene, da questo momento in poi, il vero punto di riferimento delle ricerche del filosofo torinese nel campo della teoria generale del diritto. Non è un caso che Bobbio, già nel saggio del 1949, per spiegare gli elementi della teoria normativista, citi Kelsen più di una volta e lo definisca come il vero promotore di una teoria generale del diritto dotata di metodo scientifico.²²¹ Si può tranquillamente affermare che, quando Bobbio descrive le caratteristiche della teoria del normativismo giuridico, non fa altro che descrivere l'ideale di purezza metodologica della teoria di Kelsen, definita da Bobbio come la "quintessenza di una teoria normativista."²²²

²²⁰ "Il che val quanto dire che processo di istituzionalizzazione e produzione di regole di condotta non possono andare disgiunti e che quindi là dove ci imbattiamo in un gruppo organizzato, là siamo sicuri di trovare un complesso di regole di condotta che a quell'organizzazione hanno dato vita, o, in altre parole, che, se istituzione equivale a ordinamento giuridico, ordinamento giuridico equivale a complesso di norme. Ma allora la teoria dell'istituzione non esclude, bensì include, la teoria normativa del diritto, la quale non esce dalla polemica vinta, ma se mai, rafforzata." Norberto Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993, pag. 14.

²²¹ "Basta pensare alla critica kelseniana contro il giusnaturalismo da un lato e la sociologia dall'altro, per comprendere ed apprezzare la importanza della riforma metodologica operata dalla teoria pura del diritto nella sfera della scienza giuridica, proprio in ordine al processo di «scientificizzazione» (eliminazione dei problemi insolubili) e di purificazione (eliminazione dei problemi irrilevanti) della giurisprudenza." Norberto Bobbio, *Teoria generale del diritto*, cit., pagg. 23-24.

²²² Norberto Bobbio, *Studi per una teoria generale del diritto*, cit., pag. 57.

3. *L'impostazione metodologica della nuova teoria del diritto: l'autonomia della scienza normativa e la neutralità scientifica*

3.1. *La separazione tra il metodo sociologico e quello normativo*

La novità che segna la vera spaccatura tra la fase pre-normativista e quella kelseniana è costituita dalla volontà di attribuire alla dottrina giuridica un criterio scientifico.

Bobbio, nelle lezioni del 1945, sceglieva un approccio filosofico e collocava la filosofia in un campo situato a metà tra la scienza e la religione. Nel 1949 la scelta è completamente diversa: Bobbio sceglie la teoria generale del diritto, ovvero l'aspetto ontologico della filosofia del diritto, con l'intento di attribuire alla dottrina giuridica un'autonomia metodologica; quest'autonomia è possibile solo con la ricezione del criterio scientifico di derivazione kelseniana.

L'approccio scientifico della dottrina pura del diritto consiste nella chiara delimitazione dell'oggetto di conoscenza della propria teoria, specificandone le caratteristiche e scegliendo un metodo rigoroso per la sua analisi. Kelsen pone come oggetto della dottrina pura del diritto esclusivamente il diritto positivo, inteso come insieme delle caratteristiche essenziali dell'ordinamento giuridico e circoscrive tale oggetto proprio partendo dal concetto di norma giuridica: il diritto positivo è considerato solo da un punto di vista normativo, come tutti gli atti o fatti a cui una norma giuridica attribuisce un determinato significato giuridico. Kelsen si serve della norma giuridica per individuare l'oggetto della propria teoria, spiegando che il diritto, in quanto fenomeno sociale, si compone di atti naturali percepibili nel tempo e nello spazio e da un significato proveniente dalla norma giuridica.²²³ È il significato giuridico l'elemento che permette di separare il diritto dalla natura; tale significato è il prodotto dell'azione della norma giuridica. L'espressione normativismo giuridico serve ad indicare questo specifico approccio allo studio del diritto che ricerca l'oggetto della scienza giuridica non in elementi extrasociali, divini, al di fuori dell'esperienza giuridica, ma solo nel complesso delle norme giuridiche.

Bobbio recepisce radicalmente tale approccio, spiegando, nella prefazione degli *Studi sulla teoria generale del diritto*, che cosa si intenda per teoria normativa del diritto:²²⁴

²²³ "Questo aspetto esteriore è ora, in tutti i casi, un fatto sensibilmente percepibile perché si svolge nel tempo e nello spazio, è un frammento di natura che, come tale, è determinato secondo la legge di causalità. Ma questo fatto, in quanto tale, come elemento del sistema della natura, non è oggetto specifico della conoscenza giuridica e in generale non è nulla di giuridico. Ciò che trasforma questo fatto in un atto giuridico (in un atto illecito) è, non già la sua realtà di fatto, il suo essere naturale appartenente al sistema della natura e determinato causalmente, ma è bensì il senso oggettivo che è unito a questo atto: il suo significato." Hans Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., pag. 50.

²²⁴ "Parto dalla constatazione che la teoria normativa del diritto è diventata ormai prevalente tra i giuristi. Per teoria normativa intendo quel modo di considerare il fenomeno giuridico che assume il punto di vista della norma giuridica o di quel complesso unitario di norme giuridiche che è l'ordinamento giuridico, e per il quale quindi un atto, un fatto, un rapporto è giuridico in quanto e solo in quanto è regolato da una norma giuridica." Norberto Bobbio, *Studi per una teoria generale del diritto*, cit., introduzione pag. 5.

Tale metodo è squisitamente scientifico poiché, attribuendo centralità all'azione della norma giuridica, intende eliminare - dalla descrizione del diritto - "i problemi scientificamente insolubili e i problemi giuridicamente irrilevanti."²²⁵

Una volta delineato l'oggetto della scienza giuridica segue il discorso su come approcciare a tale oggetto e, quindi, su quale sia la metodologia utilizzata dalla dottrina del normativismo giuridico. Dalla distinzione tra i fatti naturali e i fatti giuridicamente rilevanti, consegue uno dei capisaldi della metodologia della dottrina pura del diritto: la distinzione tra il metodo della scienza giuridica normativa ed il metodo adottato dalle scienze naturali. Il punto di partenza dei *Lineamenti di dottrina pura del diritto* di Kelsen è l'attribuzione alla scienza giuridica di un metodo proprio, autonomo e indipendente. Tale obiettivo è perseguito attraverso il rifiuto del "sincretismo metodologico", ovvero evitando di analizzare il fenomeno giuridico con metodi appartenenti ad altre discipline. Secondo Kelsen, la teoria del diritto deve possedere una propria autonoma metodologia: la scienza positivista del Novecento è caratterizzata da una confusione metodologica che avrebbe avuto l'effetto di svuotarla di valore scientifico.²²⁶

Questa scelta non è espressione di un antagonismo verso le altre scienze sociali che studiano il diritto con un altro metodo, ma rappresenta solo l'esigenza di tracciare una necessaria linea di demarcazione tra metodi e discipline differenti. Tale è lo scopo primario del richiamo alla purezza all'interno della dottrina del diritto: liberare la dottrina giuridica da tutti quei metodi che travisano e corrodono l'autonomia della scienza giuridica, in quanto solo una metodologia libera ed indipendente può attribuire alla teoria del diritto carattere scientifico. Kelsen esprime, a più riprese, tale concetto nelle sue opere, distinguendo rigorosamente il metodo della scienza normativa dal metodo delle altre scienze sociali, quali, ad esempio, la sociologia del diritto, che approccia allo studio del diritto con un metodo differente dal metodo scelto dalla dottrina pura del diritto. Il discorso del giurista austriaco, volto a separare l'approccio normativo da quello sociologico, è frutto di uno studio profondo e ha come punto di partenza la distinzione tra le scienze naturali e le scienze sociali.

Kelsen critica la sociologia del diritto poiché analizza il fenomeno giuridico come un mero fatto naturale, servendosi del principio di causalità: la scienza normativa deve possedere un autonomo metodo di osservazione del diritto che non può essere confuso con quello sociologico.

Un'autonomia metodologica si crea nel momento in cui si analizza il fenomeno giuridico non sul piano naturale della causalità, ma sul piano normativo, attraverso il principio di imputazione. Il principio di causalità è una legge naturale secondo la quale ad una determinata causa corrisponde necessariamente un determinato effetto e tale connessione implica il carattere della necessità: se c'è A, deve esserci necessariamente B. Il principio di imputazione, al contrario, spiega la connessione normativa tra una premessa condizionante ed una conseguenza condizionata, se c'è A, deve esserci B, nella quale la

²²⁵ Norberto Bobbio, *Studi per una teoria generale del diritto*, cit. pag. 23.

²²⁶ "Oggi non esiste quasi più una scienza speciale nella quale il giurista non si creda competente; anzi, egli crede di poter accrescere la sua fama scientifica col prendere appunto in prestito elementi da altre discipline. Con ciò, naturalmente, la vera e propria scienza giuridica va perduta." Hans Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., pag. 47.

copula del “dover essere” esprime una relazione non naturale e necessaria, ma artificiosa, istituita ed umana.²²⁷ Se le scienze sociali analizzano i comportamenti umani con il metodo naturale del principio di causalità, spiegando i comportamenti umani secondo gli schemi di causa ed effetto, esse non si distingueranno metodologicamente dalle scienze naturali; la differenza con le scienze naturali non sarà di principio, ma solo quantitativa.²²⁸

Le scienze sociali normative, come la giurisprudenza, devono possedere una metodologia differente rispetto alle scienze naturali, atteso che analizzano la connessione dei comportamenti umani non sul piano della realtà naturale, ma sul piano della determinazione normativa che ha il suo fulcro nella funzione della norma. Le scienze normative devono analizzare il proprio oggetto di conoscenza tramite il principio di imputazione, osservando la relazione normativa tra una conseguenza imputata ad un fattore condizionante.²²⁹

La differenza è sostanziale poiché causalità ed imputazione spiegano la connessione tra gli elementi che analizzano con significati profondamente diversi: la causalità descrive una relazione naturale e necessaria tra gli elementi della natura, indipendenti dall’azione dell’uomo; il principio di imputazione è il simbolo dell’azione dell’attività creatrice dell’uomo, della funzione della norma, nonché della positivizzazione stessa del diritto.²³⁰ La differenza tra i due principi è confermata dal fatto che la catena che descrive le connessioni causali ha una struttura aperta, nella quale ogni effetto è, a sua volta, causa di un altro effetto, così progressivamente all’infinito.

²²⁷ “Così come avviene nella legge della natura, così anche la regola giuridica collega reciprocamente fra loro due elementi. Ma la connessione descritta nella regola giuridica ha un significato totalmente diverso da quello della causalità. È evidente che l’illecito penale non è connesso con la pena e che l’illecito civile non è in connessione con l’esecuzione nello stesso modo con cui una causa è connessa col suo effetto. La connessione tra causa ed effetto è indipendente dall’atto di un essere umano o superumano. Invece la connessione tra un illecito e la sanzione giuridica è stabilita da un atto, o da atti umani, da un atto che produce diritto, cioè da un atto il significato del quale è una norma.” Hans Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., appendice, pagg. 208-209.

²²⁸ “Se si chiama scienza sociale ogni scienza che si occupa del comportamento umano, queste scienze saranno scienze sociali, ma non saranno essenzialmente diverse da quelle naturali, come la fisica, la biologia, o la fisiologia. Il loro scopo è quello di spiegare il comportamento umano secondo il principio di causa ed effetto. È poi un’altra questione quella di vedere fino a qual punto queste scienze possano raggiungere il loro scopo, cioè, possano determinare le leggi causali del comportamento umano. La differenza tra queste scienze e quelle naturali che non si riferiscono al comportamento umano, è soltanto una differenza del grado di precisione, non una differenza di principio.” Hans Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., appendice, pag. 215.

²²⁹ “Una differenza di questo genere esiste soltanto tra le scienze naturali e le scienze che interpretano le relazioni umane, ma secondo il principio di imputazione, scienze che si occupano del comportamento umano, non come effettivamente si manifesta secondo il principio di causa ed effetto nella sfera della realtà, ma come dovrebbe manifestarsi in base ad una determinazione normativa, cioè nella sfera dei valori. Queste scienze sono le scienze sociali normative, cioè per esempio l’etica, la teologia e la giurisprudenza.” Hans Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., appendice, pag. 215.

²³⁰ “La differenza tra la causalità e l’imputazione è che la relazione tra la condizione che nella legge di natura è presentata come causa, e la conseguenza che è presentata come effetto, è indipendente da ogni atto umano o sovraumano, mentre la relazione tra la condizione e la conseguenza che si trova in una legge morale, religiosa o giuridica, è stabilita da atti di esseri umani o sovraumani; è appunto quello specifico carattere della connessione fra condizione e conseguenza che viene espresso dal termine <<dover essere>>.” Hans Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., appendice, pag. 217.

Lo schema dell'imputazione possiede una struttura chiusa poiché la premessa condizionante, alla quale è associata una determinata conseguenza condizionata, rappresenta il punto finale dell'imputazione.²³¹

In altre parole, la scienza normativa del positivismo giuridico non può prescindere dal principio di imputazione: una teoria normativa, se vuol essere scienza, deve necessariamente servirsi del principio di imputazione come schema di possibilità di conoscenza delle connessioni presenti all'interno del mondo del diritto. Kelsen vuole eliminare dalla scienza del diritto i principi metodologici diversi dal principio di imputazione esattamente come le scienze naturali sono state depurate da principi differenti dal principio di causalità, atteso che causalità ed imputazione rappresentano le categorie trascendentali di due scienze differenti.

Kelsen, attraverso lo studio dei popoli primitivi, evidenzia che questi ultimi analizzavano i fenomeni naturali, non attraverso le conoscenze scientifiche moderne basate sul principio di causalità, ma con il principio di imputazione, a causa delle influenze della ideologia della cultura animistica. L'uomo primitivo non considerava i fenomeni della natura come elementi separati dagli uomini, ma come caratterizzati dalla stessa energia e dalla stessa anima presente nella società umana.

Per l'uomo primitivo, in buona sostanza, le cose e gli elementi naturali possiedono un'anima e sono considerate delle entità vive, esattamente come gli uomini.²³² L'uomo primitivo non fa distinzione tra la persona e la cosa: la credenza personalistica è, ad esempio, la conseguenza delle credenze nell'anima dei defunti. I popoli primitivi, infatti, credono che le anime dei defunti possano trasformarsi dopo la morte in qualsiasi oggetto, animale, elemento naturale o cosa e l'energia viva attribuita alle cose è la conseguenza diretta di tale credenza.²³³

²³¹ "La catena dell'imputazione non ha, come quella della causalità, un numero infinito di anelli, ma ha soltanto due anelli. Se noi diciamo che una determinata conseguenza è imputata a una determinata condizione, per esempio, una ricompensa a un merito, e una punizione a un illecito, la condizione, vale a dire il comportamento umano che costituisce il merito o l'illecito, è il punto finale dell'imputazione." Hans Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., appendice, pagg. 217-218.

²³² "Poiché l'uomo primitivo considera gli animali, le piante e gli oggetti inanimati come affini ai suoi compagni di tribù, si comporta nei confronti delle cose naturali come si comporta coi suoi compagni. Convinto che le une e gli altri agiscono in base agli stessi principi, egli pensa di dover trattare le cose secondo quanto prescrivono le regole della condotta sociale. Egli presume che esse capiscano le sue parole come le capiscono i suoi compagni di tribù; perciò, si crede in condizione di farsi capire da solo come dai suoi compagni, dato che esse reagiscono alla sua condotta proprio come egli reagisce alla loro. L'uomo primitivo, come il bambino, concepisce il mondo non in base all'analogia col proprio io, ma in base all'analogia col prossimo, di cui ha più recente esperienza. (...) Di conseguenza egli interpreta l'ambiente che lo circonda secondo determinate categorie sociali; mentre l'uomo civile per cui l'ambiente ha assunto un carattere sociale, fa distinzione fra natura e società." Hans Kelsen, *Società e natura*, Bollati Boringhieri, Torino, 1992, pag. 57.

²³³ "La distinzione fra persona e cosa è ancora estranea all'uomo primitivo. Perciò è completamente indifferente che l'uomo primitivo crea o meno a una natura animata. (...) Se questi elementi si comportano come esseri umani, ciò significa che un uomo invisibile risiede in loro. In questa concezione l'interpretazione originariamente sociomorfica (non antropomorfica) della natura si accorda con la credenza nell'esistenza dell'anima dei defunti, che può assumere qualsiasi forma; di conseguenza, qualsiasi cosa è o può essere il defunto." Hans Kelsen, *Società e natura*, cit., pag. 73.

Tale ideologia produce conseguenze sul modo di studiare gli eventi della natura: gli uomini primitivi non analizzano gli eventi naturali come fenomeni estranei all'umano, soggetti a leggi diverse da quelli della società umana; essi, servendosi del principio di imputazione, ritengono che un evento naturale fosse la conseguenza di un'azione umana (ad esempio un fulmine come conseguenza di una cattiva azione dell'uomo).²³⁴

Il pensiero personalistico impedisce agli uomini primitivi di ricercare le cause di un determinato fenomeno in elementi estranei alla società, considerando natura e società come soggette alle stesse identiche forze: le cause dei fenomeni naturali sono ricercate nelle azioni della società umana, non essendoci separazione tra le due distinte sfere.²³⁵

Il metodo delle scienze naturali, con il progresso scientifico, subisce un cambiamento radicale, poiché avviene l'affermazione del principio di causalità che comporta la distinzione della sfera sociale da quella naturale, con l'individuazione di distinti principi e distinte leggi. La conseguenza è che le cause dei fenomeni naturali non sono più studiate secondo il principio del contrappasso, ma secondo il metodo razionalistico-scientifico del principio di causalità, caratterizzato da una connessione tra una causa ed un effetto.²³⁶

La ricerca sulla storia del principio di causalità nelle scienze naturali è strumentale all'affermazione della centralità del principio di imputazione nelle scienze normative: così come nelle scienze naturali è avvenuta l'affermazione del principio di causalità con l'eliminazione delle credenze animistiche, allo stesso modo nelle scienze normative è necessario affermare la centralità principio di imputazione, al fine di analizzare il diritto con elementi squisitamente normativi.²³⁷

²³⁴ "Il fatto che eventi naturali siano considerati come azioni di esseri personali, superiori agli uomini, e nella natura si temano e si rispettino autorità sovraumane, di cui nella magia si invoca l'assistenza per ottenere ciò che le semplici forze umane non potrebbero mai raggiungere, ci autorizza a credere che, almeno in origine questi esseri fossero le anime dei morti, che l'uomo primitivo immaginava dotate di poteri sovraumani." Hans Kelsen, *Società e natura*, cit., pag. 73.

²³⁵ "Di conseguenza, l'ordine naturale e l'ordine sociale sono identici. Se si trasgredisce il secondo, anche il primo subisce una grave scossa. Il rapporto fra l'uomo primitivo e la natura si basa non già sull'idea di una connessione obbiettiva fra i fatti, cioè sul presupposto di un nesso causale determinato da forze impersonali, bensì sull'idea di una connessione fra due persone, cioè sul presupposto di un rapporto sociale. (...) Concludendo, l'uomo primitivo non conosce la natura nel senso di una connessione obbiettiva fra i fatti, determinata dalla legge di causalità. Per l'uomo primitivo la natura non appartiene, come per l'uomo civile, a una sfera diversa dalla società. Un simile dualismo non esiste per lui. Tanto meno egli concepisce la società come parte della natura; si direbbe piuttosto che concepisca la natura come parte della società." Hans Kelsen, *Società e natura*, cit., pag. 78-79.

²³⁶ "La legge di causalità non collega più l'evento naturale al singolo al singolo membro della società, così come faceva il principio del contrappasso; ma collega piuttosto tra loro avvenimenti che avvengono in natura. Quindi il soggetto della conoscenza è staccato dal suo oggetto. La causalità non è una connessione centrale di fatti così com'era il principio del contrappasso; è piuttosto un'associazione periferica." Hans Kelsen, *Società e natura*, cit., pagg. 400-401.

²³⁷ "Ma la scienza naturale può rinunciare a un principio di causalità così depurato, dato che in esso non si manifesta altro che il postulato della intellegibilità della natura a cui non si può corrispondere in altro modo che a mezzo di una connessione dei fatti presentati alla nostra conoscenza. La legge naturale dice: Se c'è A deve necessariamente esserci B; la legge giudica dice se c'è A deve esserci B, senza che con ciò, essa dica nulla del valore, cioè del valore morale o politico, di questo rapporto. (...) Sotto questo aspetto esso è imprescindibile, se in generale si deve comprendere ed esprimere il modo specifico con cui il diritto positivo collega certi fatti in rapporto reciproco" Hans Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., pag. 64.

Kelsen evidenzia che alcune scienze, che si qualificano quali scienze giuridiche, quali la sociologia del diritto o il realismo americano trattano l'oggetto della propria conoscenza non con il principio di imputazione, ma con il principio di causalità, disconoscendo così la purezza e l'autonomia della scienza giuridica. Il principio di causalità, adottato da tali scienze, è frutto dell'evoluzione delle scienze moderne, che non ricercano la concatenazione necessaria e assoluta tra due elementi, ma si limitano ad associare una causa ad un effetto con probabilità statistiche.²³⁸ La sociologia del diritto analizza il diritto, non con il principio di imputazione da un punto di vista strettamente normativo, ma come un fatto naturale a cui associa altri fatti naturali, servendosi del principio di causalità. In questo modo l'oggetto della sociologia del diritto non è l'insieme di quei fatti a cui una norma giuridica attribuisce un significato, ma certi fenomeni paralleli della natura.

Lo stesso discorso vale per il realismo americano e la giurisprudenza sociologica che disconoscono il diritto come norma, come dover essere, da questi considerata quale mera ideologia; essi analizzano il diritto solamente sul piano della realtà fattuale, adottando non il punto di vista normativo, ma quello del principio di causalità.²³⁹ Per Kelsen la scienza giuridica deve avere una metodologia pura, cioè non contaminata da metodologie e principi differenti, ma squisitamente normativa, incentrata sul principio di imputazione e sulla centralità della funzione della norma.²⁴⁰

Bobbio nel 1955, con lo scritto *La teoria generale del diritto di Jean Haesaert* contenuto nella raccolta *Studi sulla teoria generale del diritto*, dimostra di voler recepire la purezza metodologica della dottrina pura del diritto relativa al discorso sul sincretismo metodologico, evidenziando la necessità di distinguere la metodologia della scienza normativa dalla metodologia delle altre scienze sociali. Bobbio costruisce un discorso teorico diverso da Kelsen, non attraversato dalla stessa profondità vertente sugli studi delle

²³⁸ "La sociologia moderna considera un avvenimento sociale come parte della realtà, che le stesse leggi determinano come avvenimento naturale. Non esiste una differenza sostanziale fra leggi naturali e leggi sociali, cioè fra leggi che regolano la natura e quelle che regolano la società, in quanto la stessa legge naturale non ha più la pretesa di rappresentare una necessità assoluta e s'accontenta d'essere una semplice enunciazione di probabilità statistiche. Non v'è nessun ostacolo fondamentale che impedisca alla sociologia di giungere alla formulazione di questo genere di leggi nel suo stesso campo." Hans Kelsen, *Società e natura*, cit., pag. 404.

²³⁹ "Da questo punto di vista si prende in considerazione esclusivamente il divenire della natura che è sottoposto alla legge di causalità; si considerano soltanto gli atti giuridici nella loro realtà di fatto e non già nella specifica struttura qualificativa con cui si manifestano. Tale struttura, come la norma e il dover essere con il diritto presenta sé stesso e viene presentato dalla giurisprudenza, appare come una semplice ideologia anche nel suo significato privo di ogni valore morale assoluto, quale è stato messo in luce dalla dottrina pura del diritto. Come realtà, e quindi come oggetto di conoscenza scientifica, si presenterà soltanto il complesso di accadimenti psico-fisici sottoposti alla legge di causa ed effetto, cioè la natura." Hans Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., pag. 73.

²⁴⁰ "La dottrina pura del diritto, come specifica scienza giuridica, non rivolge la sua attenzione alle norme giuridiche considerate come fatti di coscienza, né alla volizione o alla rappresentazione di queste, ma la rivolge alle norme giuridiche come strutture qualificative volute o rappresentate. Essa comprende qualsiasi fatto solo in quanto è contenuto di norme giuridiche, in quanto, cioè, è determinato da norme giuridiche. Il problema della dottrina pura del diritto è quindi quello della specifica autonomia di una sfera comprendente atti e fatti che hanno un significato." Hans Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., pagg. 54-55.

società primitive; le riflessioni di Bobbio, pur se attraversati da un intenso lavoro analitico, si fermano alla superficie dei risultati delle ricerche del giurista austriaco.

Bobbio compie una sostanziale comparazione tra la teoria di Haesaert e quella di Kelsen, rilevando che, sebbene anche in Haesaert vi sia la volontà di estromettere la politica dall'analisi del diritto, la sua teoria è caratterizzata da un limite metodologico determinante. La teoria di Haesaert utilizza un metodo sociopsicologico per studiare il diritto: invece che analizzare la struttura logico formale dell'ordinamento giuridico, Haesaert si serve del principio di causalità per ricercare le connessioni causali tra i diversi fenomeni giuridici.²⁴¹ Bobbio, come Kelsen, non è contrario a questo tipo di ricerche, ma ritiene che appartengano ad un campo diverso da quello di una dottrina giuridica che intende acquisire un criterio scientifico proprio.²⁴²

Il metodo sociopsicologico di Haesaert consiste nell'analizzare il fenomeno giuridico osservando l'atteggiamento mentale che i destinatari delle norme giuridiche esprimono ai contenuti prescrittivi del diritto. Il filosofo francese ricerca il fondamento della giuridicità, non osservando la struttura dell'ordinamento e le modalità formali di produzione delle norme giuridiche, ma individuando nel "sentire interiore" provato dai consociati, l'elemento capace di distinguere ciò che è giuridico da ciò che non lo è. Secondo il filosofo francese, dal "sentire interiore" dei consociati, si può distinguere un atteggiamento libero da quello condizionato e tale distinzione sarebbe la conseguenza della validità e della obbligatorietà delle norme giuridiche. In sostanza, questa tesi non è altro che una ripresa della teoria del convincimento giuridico o della teoria dell'*opinio iuris seu necessitatis*, secondo la quale vi è un atteggiamento condizionato quando ci si trovi al cospetto di norme dotate di forza giuridica vincolante.²⁴³ La conseguenza di tale approccio è lo spostamento dell'angolo di osservazione: il punto di partenza non è il funzionamento dell'ordinamento giuridico, ma i comportamenti e le azioni dei consociati rispetto alle norme giuridiche.

²⁴¹ "Quanto al metodo lo Haesaert dichiara sin dall'inizio che il suo esame ha carattere sociopsicologico e si fonda sui fatti. A differenza del Kelsen che si preoccupa del come, il suo problema è quello che del perché, e il perché esige la spiegazione causale, che è propria delle scienze naturali. Quanto all'oggetto, tutto il volume ne è sufficientemente chiara indicazione: esso, infatti, tende a cogliere il fenomeno giuridico, in quanto fenomeno caratteristico della società umana, nel momento del suo formarsi come regola sociale e della applicazione della regola nella realtà." Norberto Bobbio, *Studi sulla teoria generale del diritto*, cit., pag. 130.

²⁴² "Nel nostro caso non riesco a vedere nessuna incompatibilità tra il punto di vista realistico sociologico e quello logico-formale rispetto al fine della miglior conoscenza del fenomeno giuridico. Vedo semplicemente una possibilità di confusione nel dare a entrambi il nome di teoria generale del diritto. (...) Personalmente, e chiudo subito la questione, preferisco attribuire il nome di teoria generale del diritto allo studio formale dell'ordinamento giuridico." Norberto Bobbio, *Studi sulla teoria generale del diritto*, cit., pag. 131.

²⁴³ "Questo problema ha preso il sopravvento perché lo Haesaert ritiene che il punto di vista psicologico sia il più atto a dare la definizione, a lungo e invano cercata, del diritto; il che equivale a dire che esista diritto là dove si riscontri quel così e così descritto atteggiamento mentale in chi lo eseguisce. Tale atteggiamento mentale viene definito come atteggiamento di dipendenza e distinto dall'atteggiamento libero in questo modo: l'atteggiamento mentale libero ci costringe a seguire la tecnica imposta solo se noi accettiamo il fine, la cui attuazione dipende dal nostro beneplacito, l'atteggiamento mentale dipendente ci obbliga ad ammettere la tecnica imposta allo scopo di attuare un fine che ci vincola per ragioni variabili secondo le circostanze." Norberto Bobbio, *Studi sulla teoria generale del diritto*, cit., pag. 136.

Tale impostazione è antitetica rispetto allo schema della dottrina pura del diritto, secondo il quale i motivi, che spingono i consociati ad obbedire alle norme, possono essere molteplici e sono irrilevanti rispetto all'individuazione del diritto positivo vigente.²⁴⁴

La dottrina pura del diritto afferma che le ricerche sui motivi che spingono i consociati ad obbedire alle norme giuridiche siano da catalogare nel campo sociologico; la teoria generale del diritto, al contrario, studia il fenomeno giuridico partendo dalla norma e dalle caratteristiche strutturali dell'ordinamento giuridico, disinteressandosi delle ragioni che spingono i consociati ad obbedire alle leggi e della funzione teleologica del diritto.²⁴⁵

Norberto Bobbio, con questo scritto, dimostra di voler aderire agli schemi metodologici della dottrina pura del diritto, evidenziando che la teoria generale del diritto si pone una domanda diversa rispetto alla sociologia del diritto. La teoria generale del diritto ricerca l'essenza della giuridicità partendo dalla norma giuridica, utilizzando principi e criteri differenti rispetto all'approccio sociologico.²⁴⁶

La difesa intransigente di tale metodologia ed il bisogno di separare il metodo sociologico dal metodo della scienza normativa sono esplicitati dal filosofo torinese in un importante scritto del 1955: *La teoria pura del diritto ed i suoi critici*. In questo scritto l'autore passa in rassegna le molteplici critiche rivolte alla dottrina di Kelsen, provenienti dai diversi campi della letteratura giuridica, con l'intento di scomporre e ridimensionare la portata di tali critiche, difendendo la metodologia della dottrina pura del diritto. Bobbio, relativamente al campo sociologico, si sofferma sull'accusa di "arido formalismo" che i sociologi rivolgono alla dottrina del giurista austriaco. La teoria sociologica analizza il diritto come fenomeno sociale e studia le connessioni al suo interno esclusivamente sul piano della realtà: per i sociologi la dottrina kelseniana, focalizzandosi solo sulla struttura formale dell'ordinamento giuridico, è responsabile della frattura tra il diritto ed il piano reale della società.²⁴⁷

²⁴⁴ È difficile giudicare se il comportamento umano conforme all'ordinamento giuridico sia realmente la rappresentazione che suscita la minaccia dell'atto coattivo. In molti casi certamente sono motivi completamente diversi quelli che producono quella situazione a cui mira il diritto. Non è sempre il timore della pena e dell'esecuzione ciò che provoca una concordanza tra diritto e realtà; sono tali anche i motivi religiosi e morali, riguardi verso il costume sociale, timori per la condanna sociale, e molto spesso la mancanza di ogni incentivo per un comportamento contrario al diritto." Hans Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., pag. 71.

²⁴⁵ "Questa dottrina non considera infatti lo scopo che viene perseguito e raggiunto per mezzo dell'ordinamento giuridico, ma considera soltanto l'ordinamento giuridico stesso; e considera questo ordinamento nell'autonomia normativa propria della sua struttura e non già relativamente a questo suo scopo e quindi come possibile causa di un determinato effetto, dato che la relazione di mezzo a fine è soltanto un caso particolare del rapporto causale." Hans Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., pag. 72.

²⁴⁶ "Per rispondere al problema relativo alla giuridicità di un obbligo, devo seguire un'altra strada, che è quella di vedere se l'azione prevista come obbligatoria da una norma valida appartenente ad un ordinamento giuridico. E il problema della giuridicità si sposta dall'azione particolare all'ordinamento nel suo complesso. Come si vede, è la via del formalismo kelseniano che conduce di norma in norma fino alla norma fondamentale. In questo modo mi si viene mostrando che questa dottrina accusata di non avere i piedi per terra, nasce dall'esigenza di rispondere alla quotidiana domanda se io sia o non sia obbligato giuridicamente a compiere una determinata azione." Norberto Bobbio, *Studi sulla teoria generale del diritto*, cit., pag. 140.

²⁴⁷ "L'obiezione più generale e anche più generica dei fautori della sociologia giuridica contro la teoria pura del diritto è che il diritto è un fenomeno sociale, e come tale non può essere studiato astraendolo dalla società.

La teoria del Kelsen, secondo questa tesi, sarebbe inevitabilmente parziale, capace di descrivere solo l'aspetto strutturale dell'ordinamento giuridico, svuotando la teoria generale del diritto di senso storico. Tale accusa è sottoposta al giudizio critico di Bobbio, il quale ritiene che definire la teoria del diritto di Kelsen come formale e arida sia un'interpretazione semplicistica e superficiale, dovuta all'assenza di una cultura del metodo scientifico.

Il filosofo torinese, infatti, spiega che il formalismo del Kelsen non è un elemento accidentale o non previsto, ma è una precisa scelta metodologica del giurista austriaco, il quale ritiene che la teoria generale del diritto, se vuole essere scienza, deve occuparsi del diritto dal punto di vista formale, spostando gli altri metodi in altre discipline. Kelsen ritiene che tale metodo non sia l'unico utilizzabile per analizzare il diritto, ma quest' impostazione è ritenuta la più valida per una teoria generale del diritto che voglia elaborare un criterio scientifico.

Non si può criticare una dottrina che raggiunge lo scopo che si propone, ma, al contrario, bisogna comprendere che le ricerche sociologiche sul diritto debbano semplicemente essere collocate in un campo diverso da quello della scienza normativa.²⁴⁸ Il formalismo del Kelsen, lungi dall'esser espressione di aridità teorica, è simbolo dell'autonomia metodologica della scienza normativa e della sua indipendenza.

Tale ragionamento vale anche per la giurisprudenza sociologica che, pretendendo di essere scienza normativa, commette lo stesso errore dei sociologi, ovvero analizza il diritto positivo esclusivamente sul piano dell'essere, estromettendo il piano del dover essere, servendosi dello stesso metodo delle scienze naturali. I promotori della giurisprudenza sociologica commettono un errore metodologico perché analizzano il diritto solo sul piano della realtà naturale, ritenendo il dover essere un mero elemento ideologico.²⁴⁹

Kelsen non accetta di abbandonare il piano del dover essere e non teme l'accusa di "ideologismo" proveniente dai fautori della giurisprudenza sociologica, poiché ritiene che la nozione di dover essere sia fondamentale per comprendere il diritto dal punto di vista

A questi critici sembra che la teoria pura del diritto sia un'arbitraria estraniamento del fenomeno giuridico dalla realtà, e conduca – l'espressione è diventata ormai familiare per denotare in termini di disapprovazione l'opera Kelseniana – ad un vuoto e sterile formalismo." Norberto Bobbio, *Studi sulla teoria generale del diritto*, cit., pagg. 94-95.

²⁴⁸ "Egli stesso non solo non ha disdegnato di condurre ricerche di carattere sociologico, ma proprio all'inizio dell'analisi strutturale dell'ordinamento giuridico, considerando il diritto come una forma di tecnica sociale, ha dimostrato in qual conto egli tenga l'analisi sociologica per la comprensione del fenomeno giuridico (...) Ora una teoria generale del diritto non può essere che formale, dal momento che oggetto della sua indagine è l'aspetto formale del fenomeno giuridico, ovvero la struttura qualificatrice di certi atti e fatti del mondo sociale ed economico, i quali acquistano il carattere della giuridicità proprio in quanto sono riferibili a questa struttura, e come tali sono i contenuti variabili di una forma costante." Norberto Bobbio, *Studi sulla teoria generale del diritto*, cit., pagg. 95-96-97

²⁴⁹ "La differenza fra la scienza naturale e la giurisprudenza normativa non consiste nella struttura logica delle proposizioni mediante le quali entrambe le scienze descrivono i loro rispettivi oggetti, ma nel senso specifico della descrizione. Nelle proposizioni della scienza naturale, nelle leggi naturali, la condizione è legata alla conseguenza da un <<essere>>; nelle proposizioni della giurisprudenza normativa, nelle regole di diritto, intendendo il termine in un senso descrittivo, la condizione è connessa alla conseguenza mediante un <<dover essere>>. Hans Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Edizioni Di Comunità, Roma-Ivrea, 1963, pag. 167.

normativo. A questo proposito, dopo aver distinto due significati diversi di ideologia²⁵⁰, egli considera la propria dottrina come l'unica dottrina del positivismo giuridico poiché, senza abbandonare il piano del dover essere, analizza il diritto su un piano squisitamente normativo, rifiutando qualsiasi ideologia di carattere extrasociale o giusnaturalistica.²⁵¹ Bobbio, al contempo, difende la dottrina pura del diritto dagli attacchi della giurisprudenza sociologica, specificando, a più riprese, come vi sia una sorta di primato della scienza normativa su quella sociologica, poiché quest'ultima, presupponendo il concetto di diritto creato dalla teoria generale del diritto, ne risulta inevitabilmente dipendente.²⁵²

3.2. *La separazione tra diritto e politica: l'estromissione della giustizia dalla teoria generale del diritto*

Il secondo pilastro fondamentale del positivismo giuridico metodologico di Bobbio è la separazione tra l'aspetto ontologico e l'aspetto deontologico, ovvero tra la teoria del diritto e la valutazione politica dell'ordinamento giuridico. Tale aspetto è unito all'autonomia metodologica della scienza del diritto e costituisce uno degli aspetti più importanti del normativismo giuridico di derivazione kelseniana. Questa separazione rivoluziona completamente l'impostazione pre-normativista e deriva dalle riflessioni compiute dal giurista sulla differenza tra la nozione di validità giuridica e la giustizia.

La separazione tra il diritto positivo e il diritto ideale fondato sulla giustizia è un tratto comune a tutta la tradizione gius-positivistica, ma Kelsen compie un passo radicale verso questa impostazione, portando tale teorica distinzione fino alle sue estreme conseguenze.

Le teorie giusnaturalistiche non compiono tale separazione negli stessi termini della cultura gius-positivistica, poiché considerano come diritto valido solo il diritto positivo che si conforma ad un ideale di giustizia.

Le dottrine giusnaturalistiche, sebbene sopra sia stato evidenziato l'eterogeneità dei loro contenuti, sono caratterizzate da un elemento in comune: la subordinazione della validità

²⁵⁰ "Astraendo dall'ambiguità della parola <<ideologia>> (che ora indica lo spirito come opposto alla natura in generale, ora una rappresentazione che involge la realtà esaltandola o deformandola), bisogna osservare che qualche volta ideologie diverse si sovrappongono reciprocamente, che sovente entro l'ambito ideologico bisogna distinguere diversi strati, e che perciò l'antinomia di ideologia e realtà diventa assai relativa." Hans Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., pag. 76.

²⁵¹ "Se si considera il diritto come ordinamento normativo in rapporto alla realtà degli eventi effettivi che, secondo la pretesa del diritto positivo, debbono corrispondergli (sebbene non gli corrispondano sempre), allora si può qualificare questo diritto come <<ideologia>> (...) la dottrina pura del diritto conserva la sua tendenza antiideologica per il fatto che essa si isola la rappresentazione del diritto positivo da ogni specie di ideologia giusnaturalistica della giustizia." Hans Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., pag. 76

²⁵² "Aggiungiamo che alla confutazione di tale accusa lo stesso Kelsen ha dedicato di proposito alcune pagine eloquenti ed essenziali, spiegando la differenza che passa tra la determinazione della validità normativa, compito della scienza giuridica propriamente detta, e concludendo non esservi alcuna incompatibilità tra l'uno e l'altro metodo se mai un primato della giurisprudenza normativa su quella sociologica, dovuto al fatto che la scienza sociologica del diritto presuppone il concetto di diritto dato dalla giurisprudenza normativa." Norberto Bobbio, *Studi sulla teoria generale del diritto*, cit., pag. 103.

giuridica ai contenuti della giustizia: la giustizia è posta su un piano superiore rispetto al diritto positivo, diventando condizione della giuridicità delle norme dell'ordinamento.

La giustizia, di cui gli autori discutono, assume contorni e significati, volta per volta, differenti e indeterminati, identificandosi ora col divino, ora con una giustizia umana universale, ora con i principi della ragione. Il tratto comune di queste diverse teorie è che la validità di una norma giuridica non si deduce dal rispetto dei meccanismi di produzione delle norme, ma dalla valutazione della conformità del contenuto delle leggi all'ideale indeterminato di giustizia, collocato su un piano superiore rispetto al diritto positivo.

Si è potuto riscontrare come lo stesso Bobbio abbia assunto nei confronti del giusnaturalismo delle posizioni, volta per volta, oscillanti: durante la fase husserliana lo scopo era elaborare una scienza rigorosa che si opponesse al misticismo trascendente con la coscienza trascendentale; negli anni successivi, l'autore elaborava posizioni teoriche che si possono definire "ibride", collocate "al confine" tra il positivismo giuridico ed il giusnaturalismo, facendo più volte riferimento ad un diritto naturale della ragione come fondamento teorico del diritto da opporre al volontarismo giuridico statalistico.

Dal 1949 tali riferimenti sono completamente abbandonati: il filosofo torinese distingue nettamente la teoria generale del diritto dalla filosofia della giustizia, recependo la struttura metodologica della dottrina pura del diritto, che separa la validità del diritto dalla valutazione della giustizia, ritenuta una nozione strumentalizzata dalle ideologie politiche. L'obiettivo di Kelsen è creare una scienza del diritto che abbia come suo oggetto esclusivo il diritto positivo ed una funzione chiara: descrivere la struttura delle connessioni formali dell'ordinamento giuridico. Il giurista austriaco, per raggiungere questo scopo, ritiene di dover estromettere dalla scienza giuridica ogni aspetto ideologico, cioè ogni aspetto volto a deformare o a mistificare la realtà giuridica in nome di qualsivoglia ideologia politica.

La parola ideologia nella dottrina pura del diritto assume un duplice significato, ora indica lo "spirito come opposto alla natura in generale", ora una "rappresentazione che involge la realtà esaltandola o deformandola." Se la prima definizione riguarda il modo di intendere il dover essere normativo, la seconda definizione riguarda, invece, le correnti giusnaturalistiche protese a mistificare il diritto esistente in nome di volontà politiche.²⁵³

La dottrina pura del diritto distingue due diversi modi di analizzare il diritto: un primo modo è caratterizzato da un intento politico ed un secondo modo incentrato sull'ideale della conoscenza. Lo scopo della dottrina pura del diritto è creare una scienza normativa che si basi solo sull'ideale di conoscenza e che impedisca alle volontà politiche di deformare ed occultare la realtà giuridica.²⁵⁴ Kelsen, per separare il campo politico dalla scienza giuridica

²⁵³ "La seconda definizione sta alla base della delineazione kelseniana della << tendenza antiideologica >> della Dottrina pura del diritto. La Dottrina pura del diritto indaga semplicemente il diritto reale, non avendo pretese di valutare il diritto come buono o giusto. Suo fine è la conoscenza dell'ordinamento giuridico, non la legittimazione in termini di giustizia di tale ordinamento: ciò è, piuttosto, opera di una volontà, protesa a difendere determinati interessi sociali e politici, al fine di <<nascondere>> o <<esaltare>>, <<conservare>> o <<distruggere>> la realtà esistente." Hans Kelsen, *La teoria generale del diritto e il materialismo storico*, Istituto della Enciclopedia italiana di Roma, 1979, introduzione, pagg. 2-3.

²⁵⁴ "L'ideologia invece nasconde la realtà perché, la esalta con l'intento di conservarla o di difenderla, oppure la deforma con l'intenzione di distaccarla, di distruggerla e di sostituirla con un'altra. Ogni ideologia ha le sue radici nel volere, non nel conoscere, nasce da determinati interessi e, più esattamente, da interessi diversi dall'interesse della verità; né con ciò vogliamo certo pronunciarsi sul valore e sulla dignità di questi interessi.

e attribuire indipendenza alla teoria generale del diritto, dedica un vasto campo delle sue ricerche al concetto della giustizia. La giustizia assume, nelle riflessioni del giurista austriaco, un significato di fondamentale importanza dal punto di vista filosofico e scientifico, poiché rappresenta la nozione filosofico-giuridica che connette direttamente la morale e il diritto. La giustizia, infatti, si trova a metà strada tra le due sfere, rappresentando un valore preminente sia nel campo della morale sia nel campo del diritto. Kelsen tratta della giustizia non dal punto di vista politico, scegliendo di farsi portatore di un valore rispetto ad un altro, ma dal punto di vista scientifico, rilevando la funzione politico-strumentale che tale valore compie all'interno della scienza giuridica.

L'autore definisce la giustizia quale categoria morale che si esprime nel comportamento sociale dell'individuo verso gli altri consociati.²⁵⁵ La giustizia di un individuo è legata al comportamento esterno di quest'ultimo nei confronti degli altri individui e si deduce, volta per volta, dalla conformità ad una determinata norma di giustizia.

La giustizia richiama sia la sfera morale che la sfera sociale: è norma morale, poiché la giustizia è una categoria della morale; è una norma sociale, poiché è parametro di valutazione dei comportamenti tra gli uomini.²⁵⁶ Se, quindi, un comportamento sociale di un individuo è conforme alla norma di giustizia, tale comportamento sarà giusto, positivo; al contrario, se il suddetto comportamento è difforme rispetto alla norma di giustizia, tale comportamento sarà giudicato come ingiusto, negativo.²⁵⁷ Kelsen ritiene che le norme di diritto positivo non possano essere analizzate nello stesso modo utilizzato per giudicare il comportamento sociale degli uomini, poiché questa tendenza è antiscientifica.

Giudicare le norme di diritto positivo, attraverso il parametro di riferimento delle norme sociali di giustizia, presuppone una teoria del diritto dualista che afferma la contemporanea ed uguale validità delle norme di diritto positivo e della norma di giustizia.²⁵⁸ Ciò che

La conoscenza tornerà sempre a squarciare i veli con cui la volontà avvolge le cose." Hans Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., pag. 60.

²⁵⁵ "Come categoria morale, il diritto non significa altro che <<giustizia>>. Questa è semplicemente l'espressione dell'ordinamento sociale giusto, d'un ordinamento che raggiunge completamente il suo scopo in quanto soddisfa tutti. La tendenza verso la giustizia psicologicamente considerata è la tendenza eterna dell'uomo alla felicità che egli non può trovare come individuo e che perciò ricerca nella società. La felicità sociale si chiama giustizia." Hans Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., pag. 57.

²⁵⁶ "La giustizia di un uomo è dunque la giustizia del suo comportamento sociale; e la giustizia del suo comportamento sociale consiste nella conformità ad una norma che, statuendo il valore di giustizia, è anch'essa giusta in questo senso. Questa norma si può definire come <<norma di giustizia>>. Poiché le norme della morale sono norme sociali (cioè, regolanti il comportamento di un uomo nei confronti di altri uomini), la norma di giustizia è una norma morale: così anche da questo punto di vista, il concetto di giustizia ricade nell'ambito del concetto di morale." Hans Kelsen, *Il problema della giustizia*, a cura di Mario G. Losano, Einaudi, 2024, pag. 3.

²⁵⁷ "L'oggetto di questo giudizio, di questa valutazione è un dato di fatto (Seins Faktum). Soltanto un dato di fatto, posto a confronto con una norma, può essere giudicato conforme o contrario al valore, può avere un valore positivo o negativo. In altre parole, ciò che si giudica, ciò che può essere conforme o contrario al valore, cioè che può avere un valore negativo o positivo, è la realtà." Hans Kelsen, *Il problema della giustizia*, cit., pag. 5.

²⁵⁸ "Quando si discute sulla validità di una norma di diritto positivo, si deve far astrazione dalla validità di una norma di giustizia con essa in contrasto e, quando si discute sulla validità di una norma di giustizia, si deve far astrazione dalla validità di una norma di diritto positivo con essa in contrasto. Non le si può considerare entrambe contemporaneamente valide." Hans Kelsen, *Il problema della giustizia*, cit., pag. 9.

interessa alla teoria del diritto, che voglia essere scientifica, è la validità giuridica di una norma e tale nozione deve essere tenuta ben separata dalla valutazione politica di essa. Kelsen sottolinea che la confusione tra la validità giuridica di una norma e la sua valutazione politica è la caratteristica fondamentale della metodologia giusnaturalistica e rappresenta la differenza cruciale rispetto alla teoria del positivismo giuridico.²⁵⁹

La nozione di giustizia, in quanto categoria morale, non fornisce certezze scientifiche, poiché rappresenta un valore assoluto, un valore irrazionale che sfugge alla possibilità di conoscenza della mente umana. La teoria generale del diritto, in quanto teoria della conoscenza del diritto positivo, non può far dipendere la validità delle norme dell'ordinamento giuridico dalla loro conformità alle norme di giustizia, poiché quest'ultime difettano di valore oggettivo.²⁶⁰ Al contrario, confondere la validità giuridica di una norma con la sua giustizia, comporta una strumentalizzazione politica: ogni volta che un autore identifica la norma sociale della giustizia come criterio per valutare le norme di diritto positivo, si allontana dalla conoscenza scientifica del diritto per avvicinarsi al campo dell'ideologia politica.

Tale volontà politica è svelata da Kelsen in relazione a due distinti atteggiamenti: quando un filosofo afferma la conformità del diritto positivo alla norma di giustizia sociale, si fa promotore di una difesa dell'ordinamento giuridico; quando, al contrario, ne afferma la difformità, esprime la volontà politica di modificare il sistema giuridico.²⁶¹

La teoria pura del diritto si fa promotrice dell'obbiettivo scientifico di eliminare dal campo della conoscenza del diritto ogni propaganda politica, proclamando la completa separazione tra la nozione di validità giuridica e la nozione di giustizia. La validità di una norma dell'ordinamento giuridico dipende esclusivamente dal rispetto delle procedure di formazione e produzione delle norme giuridiche e non dalla valutazione del suo contenuto.

²⁵⁹ "Sembra che, così facendo, si confrontino le norme del diritto positivo con una norma di giustizia, cioè che si valuti una norma per mezzo di un'altra e che, in questo modo, si giunga a dire che una norma del diritto positivo è giusta se è conforme alla norma di giustizia, oppure che essa è ingiusta, se non è conforme alla norma di giustizia, nella misura in cui statuisce il contrario di quello che la norma di giustizia prescrive. Questo presuppone però che si considerino contemporaneamente valide tanto la norma di giustizia quanto la norma del diritto positivo." Hans Kelsen, *Il problema della giustizia*, cit., pag. 5.

²⁶⁰ "Giustizia nel significato che le è proprio e che la differenzia dal diritto esprime però un valore assoluto. Il suo contenuto non può essere determinato dalla dottrina pura del diritto. Anzi, esso non è in alcun modo determinabile dalla conoscenza razionale, e ciò è ben dimostrato dalla storia dello spirito umano che da millenni si sforza inutilmente di risolvere questo problema. Infatti, la giustizia, che deve essere rappresentata come un ordinamento superiore che sta di fronte al diritto positivo e che è diverso da questo, nella sua validità assoluta sta al di là di ogni esperienza, così come l'idea platonica sta al di là della realtà o come la cosa in sé trascendente sta al di là dei fenomeni." Hans Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., pag. 57.

²⁶¹ "Quanto ci si sforza di distinguere il diritto dalla giustizia, quanto più si cerca in certo qual modo di far valere il diritto come giusto contro gli sforzi provenienti dal potere legislativo, tanto più si favorisce quella tendenza ideologica che caratteristica della dottrina classica conservatrice del diritto naturale. A questo non importa tanto la conoscenza del diritto vigente quanto la giustificazione del medesimo, l'esaltazione di esso ottenuta dalla prova che il diritto positivo è soltanto l'espressione di un ordine naturale, divino o razionale, cioè di un ordine assolutamente giusto. Al contrario la dottrina giusnaturalistica rivoluzionaria che ha nella storia della scienza del diritto una parte relativamente modesta, persegue l'idea opposta: di porre in dubbio il valore del diritto positivo sostenendo che esso è in contrasto con un ordine assoluto presupposto in un modo qualsiasi, e di porre quindi la realtà giuridica in una luce meno favorevole di quella corrispondente verità." Hans Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., pag. 59.

Nella scienza giuridica si studia e si verifica la validità formale e strutturale delle norme giuridiche e non la loro opportunità politica.

Questa fondamentale separazione scaturisce dalla natura stessa dell'ordinamento giuridico e dalla sua differenza rispetto agli altri tipi di ordinamenti. Le norme morali o religiose appartengono ad ordinamenti statici, cioè ad ordinamenti nei quali la validità delle norme dipende dalla conformità al contenuto di una norma fondamentale. La validità delle norme morali o religiose è autoevidente, cioè si deduce da sé, attesa la congruità contenutistica rispetto alle norme fondamentali di tali ordinamenti.²⁶² L'ordinamento giuridico positivo ha, invece, delle caratteristiche diverse, poiché, in quanto ordinamento dinamico ed indipendente dalla morale, la validità delle sue norme non si desume dalla conformità alle norme di giustizia.

Le norme di un ordinamento giuridico positivo possono avere qualsiasi contenuto e la loro forza vincolante dipende solo dal rispetto delle procedure formali previste dal loro ordinamento giuridico di riferimento e dalla conformità rispetto alla norma fondamentale.²⁶³ Il limite delle teorie giusnaturalistiche risiede nel fatto che esse confondono il giudizio di valore politico con la validità formale della norma giuridica, proclamando l'esistenza di un'oggettiva norma di giustizia, sprovvista di prova empirica e scientifica. Le teorie giusnaturalistiche negano la relatività dei valori in nome di un'oggettivizzazione della norma di giustizia, occultando un sentimento ideologico soggettivo, volta per volta, differente.²⁶⁴

Kelsen, inoltre, evidenzia un'altra contraddizione interna del giusnaturalismo, cioè quella di dedurre da una constatazione di fatto una norma di carattere generale e astratta come

²⁶² "Se si chiede perché si deve amare il prossimo, la risposta verrebbe forse trovata in una qualche norma ancor più generale, ad esempio nel postulato che si debba vivere <<in armonia>> con l'universo. Se questa è la norma più generale della cui validità siamo convinti, la consideriamo come la norma ultima. (...) È essenziale soltanto che le diverse norme di qualsiasi sistema del genere siano implicite nella norma fondamentale, come il particolare è implicito nel generale, e che pertanto, tutte le norme particolari di simile sistema siano ricavabili mediante una operazione intellettuale, cioè dalla inferenza del particolare dal generale. Un sistema del genere è un sistema di natura statica." Hans Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., pag. 113.

²⁶³ "Il diritto è sempre positivo, e la sua positività risiede nel fatto che esso è creato ed annullato da atti di essere umani, ed è quindi indipendente dalla morale e da analoghi sistemi normativi. È questa la differenza fra il diritto positivo ed il diritto naturale, il quale, come la morale, è dedotto da una norma fondamentale presumibilmente evidente di per sé, considerata come espressione della volontà della natura o della ragion pura. La norma fondamentale di un ordinamento giuridico positivo non è altro che la regola fondamentale, secondo la quale devono venir create le diverse norme di quell'ordinamento. Essa qualifica un dato evento come l'evento iniziale nella creazione delle diverse norme giuridiche. Essa è il punto di partenza di un processo di creazione di norme, ed ha così un carattere del tutto dinamico." Hans Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., pag. 115.

²⁶⁴ "Poiché lo scopo del giusnaturalismo è la giustizia, cioè le norme di un diritto giusto, e poiché esistono molte, diverse e contrastanti norme di giustizia (e non una soltanto, come ritengono i sostenitori di questa teoria), poiché inoltre la norma o le norme di giustizia non sono immanenti alla natura, come ritengono i giusnaturalisti, e quindi non si possono reperire in essa o dedurre da essa, ma sono presupposte dai giusnaturalisti, questi devono necessariamente giungere a risultati assai differenti e reciprocamente in contrasto, secondo le norme di giustizia presupposte: questo è un fatto provato dalla storia del giusnaturalismo e che da sempre venne rimproverato a questa dottrina." Hans Kelsen, *Il problema della giustizia*, cit., pag. 105.

guida al comportamento degli uomini;²⁶⁵ tale contraddizione è ripresa anche da Bobbio in *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, quando il filosofo torinese evidenzia la sostanziale differenza tra un giudizio di valore ed un riscontro fattuale della natura.²⁶⁶ Quando in *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* le dottrine giusnaturalistiche sono definite non come una morale specifica, ma come una teoria della morale, è proprio per rivelare l'elemento soggettivistico del giusnaturalismo, di cui Kelsen mette in luce la strumentalizzazione politica.

Alla tendenza oggettivizzante della cultura giusnaturalistica si contrappone il relativismo dei valori della cultura gius-positivistica che, in quanto teoria monistica del diritto, rifiutando qualsiasi valore dogmatico di natura trascendente, ricerca il fondamento della validità dell'ordinamento giuridico non attraverso risposte assolute ed incondizionate, ma attraverso risposte ipotetiche e condizionate.

La relatività dei valori espressa dalla scienza gius-positivistica non coincide con il nichilismo dei fini o con l'adesione ad una sorta di "aridità valoriale", ma è la diretta conseguenza del rifiuto di subordinare la validità scientifica di un ordinamento giuridico ad una giustizia sovraordinata di carattere dogmatico. La cultura gius-positivistica, affermando la natura umana ed istituita dell'ordinamento giuridico, considera i valori non come un dato ontologico e assoluto, ma come una scelta dipendente dalla responsabilità dell'individuo. Ne consegue che la teoria del positivismo giuridico, lungi dall'essere indifferente ad ogni sistema di valori, è la teoria che afferma il peso della scelta e dell'autodeterminazione dell'individuo.²⁶⁷

La separazione tra diritto e morale e tra il diritto e la giustizia, descritta dalla dottrina pura del diritto, costituiscono nella teoria di Norberto Bobbio il secondo pilastro fondamentale del positivismo giuridico metodologico teorizzato nel 1965. Prima della ricezione degli schemi della dottrina pura del diritto, la giustizia aveva un valore fondamentale nella

²⁶⁵ "Contro la teoria del diritto naturale mutevole si deve anzitutto opporre l'obiezione già formulata nei riguardi della teoria del diritto naturale immutabile: cioè che da una natura dell'uomo – sia immutabile, sia mutevole – in quanto dato di fatto non si può dedurre alcuna norma." Hans Kelsen, *Il problema della giustizia*, cit., pag. 107.

²⁶⁶ "Ebbene, che il diritto corrisponda alla potenza naturale deriva dall'attribuire alla natura un valore positivo, cioè dal giudizio di valore secondo cui la natura è buona, e tutto ciò che fa la natura è bene. In altre parole, deriva dal sostituire al significato descrittivo di <<natura>>, intesa come equivalente a tutto ciò che accade, un significato valutativo equivalente a tutto ciò che, in quanto accade e per il solo fatto che accade, è bene. Insomma, quando il giusnaturalista pretende di dedurre il valore dal fatto, ciò che deve accadere da ciò che accade, si illude: in realtà egli deduce un valore da un altro valore, o se si vuole, ricava ciò che deve accadere da ciò che accade unicamente perché ha attribuito a ciò che accade un valore negativo o positivo, trasformando un giudizio di fatto quale: <<Il pesce grosso mangia il pesce piccolo>> in un giudizio di valore quale: <<E' male, oppure è bene, che il pesce grosso mangi il pesce piccolo>>." Norberto Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pag. 149.

²⁶⁷ "Il fatto che questo relativismo ci abbandoni a noi stessi significa ch'esso ci rende consapevoli che sta a noi stessi significa ch'esso ci rende consapevoli che sta a noi risolvere il quesito, perché il rispondere alla domanda concernente ciò che è giusto e ciò che è ingiusto dipende dalla scelta della norma di giustizia che intendiamo porre a fondamento del nostro giudizio di valore: le risposte possono quindi essere quanto mai diverse. Significa altresì che soltanto noi possiamo compiere la scelta, ciascuno di noi e nessun altro, né Dio né la natura né la ragione considerata come autorità oggettiva. Ecco il vero significato dell'autonomia morale." Hans Kelsen, *Il problema della giustizia*, pag. 122.

filosofia del diritto del giovane Bobbio, rappresentando, come sopra riscontrato, la nozione capace di esprimere l'essenza e la natura del diritto: indagare la giustizia rappresentava lo scopo ultimo del filosofo del diritto.

La riflessione profonda sulla giustizia si spiega, come già rilevato, alla luce del difficile contesto sociale e politico che l'Italia attraversava in quel periodo, fatto di guerre e contrasti sanguinosi e attraversato dall'affermazione dei regimi autoritari e dei totalitarismi. All'interno di questo difficile clima politico e sociale, il filosofo torinese attribuisce alla filosofia del diritto la funzione civile di educare i consociati alle regole del diritto, allontanando le demistificazioni propagate dalle teorie volontaristiche, spesso inclini ad una concezione autoritaria del potere politico. In questo frangente il diritto naturale e la giustizia non sono elementi da ridimensionare o separare, ma rappresentano parte integrante della teoria del diritto del filosofo torinese. I lavori più importanti di questi anni, quali il lavoro sull'analogia ed il lavoro sulla consuetudine, rappresentano due testi nei quali si vuole fortemente scardinare una concezione statalistica del diritto ed affermare una visione del diritto non dominata dalla legge statale.

Nel lavoro sull'analogia tale intento è meno evidente, ma si può facilmente dedurre dalla tesi di Bobbio, il quale subordina l'utilizzo dello strumento analogico, non al dogma della volontà "implicita" del legislatore, ma alla legge generale di validità, incentrata sulla somiglianza e sulla cosiddetta «ratio legis». In questo lavoro, l'autore contrappone alla teoria volontaristica, fondata sul dogma della volontà, la concezione storica, incentrata su una visione razionale del diritto.²⁶⁸ Da tale contrasto, ne deriva una teoria razionale del diritto naturale incentrata, non su una giustizia sovraordinata che si impone sul diritto positivo, ma sulla centralità della ragione storica.²⁶⁹

Nel lavoro sulla consuetudine, focalizzato prevalentemente sulla rivalutazione del regime consuetudinario contro una concezione statalistica del diritto, è nuovamente esposta un'idea del diritto naturale come insieme dei principi giuridici essenziali fondanti la società universale degli uomini. Il diritto naturale non è espressione di una visione che confuta la

²⁶⁸ "La concezione volontaristica si arresta alla volontà; la concezione storica risale al motivo, posto che non vi può essere volontà se non determinata dai motivi. Anziché essere la volontà che pone il motivo, è il motivo che determina la volontà; ed è appunto attraverso il motivo che si pone la legge a contatto con la storia, si immette la legge nella corrente del pensiero, in modo che il diritto positivo non sia più qualcosa che sta a sé, come se ogni legislazione nel tempo e nello spazio fosse un mondo incomunicabile, ma è il riassunto di tutti i diritti precedenti, senza i quali non potrebbe essere inteso né valutato." Norberto Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto*, a cura di Paolo di Lucia, Giuffrè, Milano, 2006, pag. 146.

²⁶⁹ "Ora, a voler vedere, sino in fondo, al significato eterno e sempre affiorante di diritto naturale, ci si accorgerà che parlare di diritto naturale non vuole dire già ipostatizzare un diritto ideale sopra un piano deontologico di assoluta supremazia, ma bensì semplicemente introdurre l'esigenza della ragione nel diritto; vuol dire, in altre parole, che il mondo del diritto trova la propria base e la propria conferma in quella logica delle azioni umane, che è prima e al di fuori di ogni particolare e positiva statuizione, in quella stessa logica delle azioni, da cui il giurista positivo, nonostante le antinomie e le insufficienze di quel complesso spazialmente e temporalmente limitato di statuizioni giuridiche che è il corpo delle leggi, trae l'ispirazione e la suggestione a parlare di ordinamento giuridico come di sistema razionale, o, con una metafora, di complesso organico di leggi." Norberto Bobbio, *L'analogia nella logica del diritto*, cit., pag. 152.

positività del diritto, ma è strumentale alla ricerca della giustizia, nell'intento di individuare quei principi positivi fondamentali "necessari" per ogni possibile comunità di uomini.²⁷⁰ In questi due esempi, pur non potendo riscontrarsi una visione giusnaturalistica nel giovane autore, si può rilevare una tendenza ad elaborare consapevolmente un'immagine ideale del diritto, tramite il riferimento ad elementi extrasociali, quali i principi della ragione storica, in contrapposizione ad una visione del diritto monopolizzata dalla volontà del legislatore. Ciò è ancor più evidente nei saggi filosofici e politici incentrati sulla nozione di persona, nei quali la giustizia e la persona non assumono solo un valore simbolico o ideologico, ma rappresentano gli elementi che condizionano, a tutti gli effetti, la giuridicità del diritto.²⁷¹ In questi scritti la giustizia e il diritto naturale costituiscono parte integrante della teoria del diritto di Bobbio: i contenuti della legge ed il valore di tali contenuti assumono un peso maggiore della forma dell'ordinamento giuridico. In questi lavori la giustizia non ha solo un valore filosofico, ma anche giuridico: la giustizia diviene parametro di riferimento "ideale" della giuridicità di una norma e rappresenta la condizione della giuridicità della legge.

Dal 1949 in poi, la giustizia non entra più nei discorsi scientifici di teoria generale del diritto e l'autore la estromette dall'analisi dell'ordinamento giuridico. Tale estromissione avviene grazie alla scomposizione dei compiti della filosofia del diritto, distinguendo diversi aspetti della filosofia del diritto, separando la teoria generale del diritto dai trattati filosofici sulla giustizia. Il filosofo torinese compie questo stravolgimento della sua teoria, delineando la metodologia esclusiva per la sua teoria generale del diritto, definita quale disciplina formale e scientifica.²⁷²

²⁷⁰ "La nuova forma, con cui la nostra ricerca lo presenta, è quella di un complesso di principi giuridici essenziali alla costituzione della società universale degli uomini, e quindi comuni a tutti i gruppi sociali storicamente accertabili, di un diritto che è fonte a sé stesso e quindi al fuori del processo formativo delle fonti. L'interesse di questa nuova presentazione di un terno problema sta nel fatto che in detta forma il diritto naturale non rappresenta più affatto un diritto ideale da contrapporre al diritto reale, bensì un prolungamento, sino all'estremo limite della conoscibilità, del diritto positivo, un diritto insomma tanto positivo che vige in ogni gruppo sociale e vige indipendentemente dall'autorità sociale che lo faccia valere, un diritto che è un presupposto stesso della positività, perché senza di esso non si cementa quella organizzazione che è il germe della convivenza giuridica." Norberto Bobbio, *La consuetudine come fatto normativo*, Giappichelli, Torino, 2010, pag. 87.

²⁷¹ "Per evitare la riduzione del diritto a fatto, e per non incappare né nel circolo vizioso né nel regresso all'infinito, bisogna uscire dal piano del diritto positivo, e salire al piano ideale del valore di giustizia, da cui come si è detto, il diritto trae la sua giustificazione. Si è visto che il diritto è lo strumento di realizzazione della giustizia e si è intesa la giustizia come possibilità di coesistenza. Dunque, possiamo chiamare diritto ogni attività rivolta a rendere possibile la coesistenza. Le norme giuridiche sono quelle che disciplinano questa attività. Perciò esse sono quelle norme che si pongono come necessarie alla coesistenza. Norberto Bobbio, *Lezioni di filosofia del diritto, corso dell'anno accademico 1940-1941*, Rubbettino, Catanzaro, 2022, pag. 183.

²⁷² "Ora la tesi che si vuol sostenere qui differisce tanto dalla prima soluzione quanto dalla seconda. Infatti, secondo quel che si cercherà di dimostrare nel seguito del saggio, noi sosteniamo che la teoria generale sia una disciplina formale, ma ciò non di meno sia una ricerca scientifica. Così ci distinguiamo dai sostenitori della prima tesi perché per noi la teoria generale appartiene alla scienza e non alla filosofia; ci distinguiamo dai sostenitori dell'altra, perché questa scienza generale del diritto non è ricerca di contenuti ma indagine formale. Per spiegare la nostra tesi dovremo quindi procedere a esaminare questi due punti: 1) la teoria generale del diritto è una ricerca formale; 2) la teoria generale non è una parte della filosofia del diritto." Norberto Bobbio, *Studi sulla teoria generale del diritto*, cit., pag. 33.

Egli distingue la teoria generale del diritto e la filosofia del diritto come la forma dal suo contenuto, dove per forma si intende la struttura organica dell'ordinamento giuridico, vale a dire quell'insieme di complessi meccanismi che fanno funzionare il sistema giuridico. La teoria del diritto è generale perché non si interessa di un singolo ordinamento giuridico specifico, ma va ad analizzare gli elementi che si rivelano essere necessari in ciascun ordinamento giuridico, con lo scopo di descriverne la struttura ed il funzionamento.²⁷³

Ne esce modificata anche la funzione del filosofo del diritto: il filosofo diviene scienziato, egli non cerca di rispondere agli interrogativi ultimi dell'esistenza del diritto, non prova a dare una definizione razionale della giustizia, ma si interessa solo di spiegare il funzionamento dell'ordinamento giuridico, omettendo qualsivoglia giudizio valoriale o ideologico. Bobbio estromette dalla teoria generale del diritto ogni riferimento della giustizia e della persona, poiché tali interrogativi riguardano un altro campo, quello prettamente filosofico, politico, ideologico: la teoria generale non vuole ideologicamente orientare i consociati, ma descrivere le regole fondamentali dell'ordinamento giuridico.

La differenza enorme tra questo nuovo metodo e gli anni giovanili si comprende chiaramente se si osserva come Kelsen tratta della nozione di persona nella teoria pura del diritto, confrontandola con le riflessioni filosofico-politiche elaborate da Bobbio negli anni precedenti. La nozione di persona nello schema del filosofo torinese assumeva un profondo significato politico, come sintesi dei valori della democrazia e della coesistenza, nonché parametro "ideale" di valutazione delle norme giuridiche. La persona, nella dottrina pura del diritto, oltre ad essere svuotata di qualsiasi significato politico, è considerata un simbolo del «residuo ideologico» del positivismo giuridico tradizionale.

Kelsen collega il concetto di persona alle dicotomie presenti nelle trattazioni del diritto che occultano, a loro interno, un significato politico-ideologico. Una di queste dicotomie è, ad esempio, quella tra diritto soggettivo e oggettivo, che attribuisce ai diritti soggettivi un ruolo sovraordinato rispetto ai diritti oggettivi statuiti dall'ordinamento giuridico. Secondo Kelsen, tale contrapposizione è ideologica e proviene dalla dottrina giusnaturalistica che attribuisce ad alcuni diritti un peso ed una qualità diversa per loro stessa natura.²⁷⁴

Tale dicotomia rivela che i diritti soggettivi sono considerati come immanenti all'ordinamento stesso, divenendo parametro di riferimento della validità di una norma giuridica: un ordinamento giuridico che si pone in contrasto con alcuni di questi diritti

²⁷³ "Se infatti io prendo i termini << forma >> e << contenuto >> nella loro accezione più comune, e intendo per forma il contenente rispetto ad un dato contenuto (ciò che non mutando contiene una determinata materia) e per contenuto la materia di un determinato contenente, posso legittimamente chiamare la regola del comportamento la forma dell'esperienza giuridica ed il comportamento regolato il contenuto della medesima esperienza. (...) In altre parole, la norma giuridica ha rispetto ai suoi comportamenti i caratteri di una forma rispetto ai suoi contenuti, cioè di essere qualificativa e di non mutare per il mutar dei contenuti medesimi." Norberto Bobbio, *Studi sulla teoria generale del diritto*, cit., pag. 34.

²⁷⁴ "La funzione ideologica di questa determinazione dei concetti di diritto soggettivo e del soggetto del diritto, in sé completamente contraddittoria, è facilmente comprensibile. Si tratta di sostenere l'idea che il diritto soggettivo, cioè la proprietà privata, sia, di fronte al diritto oggettivo, una categoria trascendente, un'istituzione nella quale la formazione dell'ordinamento giuridico trovi un ostacolo insormontabile." Hans Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., pag. 80

soggettivi non viene considerato ordinamento giuridico alla stessa stregua degli ordinamenti che li riconoscono.²⁷⁵

La dottrina pura del diritto smaschera il carattere ideologico di tali dicotomie, affermando che l'obbligo giuridico esiste solo come conseguenza di una norma giuridicamente positivamente statuita.²⁷⁶ La dottrina pura del diritto, attraverso un ragionamento squisitamente normativo, rifiuta la contrapposizione tra diritto soggettivo e oggettivo, affermando l'esistenza del solo diritto oggettivo, positivamente statuito, valido ed effettivo.²⁷⁷

Analogo ragionamento è svolto per la nozione di persona che, lungi dal rappresentare un valore simbolico e politico, viene ricondotta ad un significato normativo, come insieme degli obblighi e divieti posti da una norma giuridica positivizzata. Kelsen distingue, infatti, un significato biologico-naturalistico di persona fisica ed un significato giuridico, seguendo, dunque, una metodologia opposta da quella perseguita da Bobbio pochi anni prima.

Il concetto di uomo è considerato quale nozione estranea all'ordinamento giuridico, poiché il diritto si occupa della persona solo dal punto di vista giuridico, non comprendendo una nozione esclusiva e totalizzante di persona: considera solo le qualità dell'uomo individuate da una norma giuridica positiva ed effettiva.²⁷⁸ Il concetto giuridico di persona non esiste indipendentemente dall'ordinamento giuridico, ma si inserisce in quella classe di elementi o categorie che esistono solo perché vi è una norma giuridica positiva che, attribuendo obblighi o divieti, rende tale nozione giuridicamente rilevante.²⁷⁹

²⁷⁵ "Un ordinamento che non riconosce l'uomo come libera personalità in questo senso, cioè un ordinamento che non garantisce il diritto soggettivo, non deve essere considerato in nessun modo come ordinamento giuridico." Hans Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., pag. 81.

²⁷⁶ "un uomo è obbligato giuridicamente ad un determinato comportamento in quanto l'opposto di questo comportamento è posto nella norma giuridica come la condizione d'un atto coattivo qualificato come condizione dell'illecito." Hans Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., pag. 83.

²⁷⁷ "La dottrina pura del diritto, con questa concezione della natura di ciò che si chiama diritto in senso soggettivo, supera completamente il dualismo di diritto soggettivo e oggettivo. Il diritto soggettivo non è diverso da quello oggettivo; è il diritto oggettivo stesso soltanto quando si rivolge contro un soggetto concreto (obbligo) oppure si mette a disposizione di questo (autorizzazione) in forza della conseguenza giuridica da esso stabilita. Se il diritto soggettivo viene ridotto all'oggettivo, viene assorbito dall'oggettivo, allora viene escluso ogni abuso ideologico." Hans Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., pagg. 84-85.

²⁷⁸ "<<Persona>> è soltanto un'espressione unitaria personificante d'un gruppo di obblighi e di autorizzazioni giuridiche, cioè di un complesso di norme; tale concezione preserva da ipostasi ingannevoli che raddoppiano il diritto come oggetto di conoscenza. (...) L'uomo non è un concetto giuridico, ma un concetto biologico-psicologico, non esprime nessuna unità data per il diritto o per la conoscenza del diritto, perché il diritto non comprende l'uomo nella sua totalità con tutte le sue funzioni spirituali e corporali, ma qualifica come obblighi o autorizzazioni soltanto atti umani ben determinati." Hans Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., pag. 87.

²⁷⁹ "La persona fisica corrispondente all'uomo singolo è la personificazione, cioè l'espressione umana personificata, delle norme che regolano il comportamento di un uomo, essa è <<ciò che porta>> tutti questi obblighi e autorizzazioni, è cioè (quando ci si libera da quella rappresentazione del suo carattere sostanziale che raddoppia l'oggetto) il punto comune di imputazione della fattispecie della condotta umana regolata come obblighi o autorizzazioni, è analogamente il punto centrale di quell'ordinamento parziale le cui norme stabiliscono questi obblighi e queste autorizzazioni e la cui individualizzazione risulta dal riferimento al comportamento di uno stesso uomo." Hans Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., pag. 88.

Il senso di questo ragionamento è che non esistono diritti o nozioni che possono esistere indipendentemente dall'ordinamento giuridico, ma è sempre l'azione della norma giuridica ad attribuire significati giuridicamente rilevanti. In questo esempio si scorge l'enorme distanza tra la teoria filosofico-politica del giovane e Bobbio e gli schemi squisitamente normativi della dottrina pura del diritto. La ricezione di una simile impostazione teorica e metodologica comporta un completo stravolgimento, non essendoci più spazio per una teoria filosofico-ideologica che cerchi nella persona le risposte esistenziali del diritto.

Bobbio, da questo momento, si occupa della teoria generale del diritto, intesa come scienza che intende determinare non concetti a priori come la filosofia, ma analizzare i concetti empirici a posteriori, individuando il diritto positivo come oggetto esclusivo di conoscenza.²⁸⁰

Tale annotazione non è di scarsa importanza e rivela anche una differenza profonda rispetto alla teoria di Kelsen iniziale influenzata dal neokantismo. Bobbio concepisce, infatti, la teoria generale del diritto rifiutando non solo ogni tipo di elemento ideologico extra-sociale, ma anche qualsivoglia elemento esprime una descrizione a priori dell'apparato giuridico, proveniente da un'influenza neokantiana. Il filosofo torinese non ha intenzione di individuare regole universali logiche a priori valevoli in qualunque caso, indipendenti dal carattere mutevole della storia. Si potrebbe affermare, in un certo senso, che egli concepisce una teoria generale del diritto che rifiuta oltre il trascendente, anche il trascendentale. Tale caratteristica, come ricordato sopra, è analizzata da Agostino Carrino che sottolinea come non sia un caso che Bobbio si sia cominciato ad avvicinare a Kelsen proprio dopo l'allontanamento del giurista austriaco dall'influenza neokantiana, avvicinandosi ad un approccio metodologico più affine con il filosofo torinese.²⁸¹ La scienza del diritto di Bobbio è una scienza empirica, pienamente coinvolta nel tessuto sociale, che pone una stretta connessione tra la norma giuridica e l'esperienza dei comportamenti umani.²⁸²

²⁸⁰ "Naturalmente questa trasposizione di una disciplina formale come la teoria generale dal piano scientifico al piano filosofico, ha avuto luogo per opera di quelle correnti – soprattutto quella corrente neokantiana – che hanno ristabilito, dopo la crisi positivista, una differenza d'ordine essenziale tra la filosofia e scienza. Questa differenza, com'è noto, è stata vista soprattutto nel fatto che i concetti della filosofia sono *a priori* e universali (concetti puri e quelli della scienza *a posteriori* e particolari (concetti empirici)." Norberto Bobbio, *Studi sulla teoria generale del diritto*, cit., pag. 41.

²⁸¹ "Potremmo allora dire che le critiche - molto radicali - di Bobbio a Kelsen nei primi anni Trenta del Novecento riguardavano il fondamento puramente normativo del diritto, per così dire l'autofondazione del diritto, che a Bobbio, in quegli anni sembrava evidentemente contraddire ogni esperienza giuridica concreta. Non è un caso che nella prefazione ai saggi da me raccolti nel 1992 sotto il titolo "diritto e potere", l'elemento risolutivo che spinse Bobbio non soltanto ad accogliere Kelsen, ma a dare inizio alla "Kelsenite" degli anni dal sessanta in poi, è quella dimensione dinamica dell'ordinamento giuridico, inteso come costruzione gerarchica (Stufenbau), che Bobbio ascrive a Kelsen, ma che in verità rappresenta un innesto esterno sull'albero del normativismo kelseniano originario." Norberto Bobbio, *Diritto e potere*, introduzione di Agostino Carrino, Giappichelli, Torino, 2014, introduzione pagg. 16-17.

²⁸² "Ora questo concetto deriva dall'analisi dell'esperienza dell'uomo e dalla delimitazione, in questa ampia sfera di esperienza, di un determinato modo di prevedere e di determinare i contegni che è quello dei gruppi più altamente organizzati. Non vi è nulla di *a priori* e di trascendentale in ciò. Non vi è nulla di diverso da quel che accade nelle altre ricerche scientifiche: raccolta di dati, raggruppamento di elementi che presentano caratteristiche simili, attribuzione di un nome a questa generalizzazione empirica, ecc." Norberto Bobbio, *Studi sulla teoria generale del diritto*, cit., pag. 47.

Ad ogni modo, i due autori trovano una piena convergenza nella volontà di concepire una teoria che abbia, innanzitutto, carattere scientifico e che si concentri sulla struttura dell'ordinamento giuridico e non sul giudizio politico delle norme giuridiche.

Il contenuto delle norme giuridiche diviene, invece, oggetto della filosofia del diritto, che acquisisce adesso un campo di applicazione specifico e limitato: l'analisi del problema della giustizia.²⁸³

La filosofia del diritto diviene, dunque, la disciplina che si dedica alla descrizione e alla critica del contenuto, che prende posizione rispetto ai valori descritti dalle norme giuridiche, che si interessa quindi all'aspetto ideologico-politico della società.²⁸⁴ Secondo il filosofo torinese, la filosofia può occuparsi del problema della giustizia in due modi: o in un modo descrittivo, descrivendo i valori di un ordinamento giuridico; oppure in un modo critico-valutativo, prendendo posizione verso determinati temi, contribuendo o alla difesa o alla trasformazione delle norme giuridiche.²⁸⁵

La teoria generale del diritto si presenta come disciplina scientifica che pone il diritto positivo come unico oggetto di conoscenza con lo scopo di descriverlo in maniera neutrale, avalutativa; la filosofia del diritto, al contrario, è disciplina filosofica che pone i contenuti come oggetto di conoscenza, ovvero i valori espressi dalle norme giuridiche con lo scopo o di descriverli o di valutarli in nome di una funzione politico-sociale.

Questo nuovo approccio metodologico riceve critiche provenienti da diverse correnti culturali che ritengono che, in questo modo, la scienza del diritto abbandoni una funzione di guida-pedagogica della società, riducendo la propria funzione ad un'arida descrizione. Secondo i fautori del diritto naturale, tale svolta occulta un significato politico sotteso, vale a dire di neutralità e "collaborazione" verso qualsiasi regime che si imponga su un determinato territorio.²⁸⁶

²⁸³ "Né tanto meno viene annientata. La filosofia del diritto ha il suo proprio ambito di ricerca, che nessuna disciplina scientifica, sia particolare che generale, sia di contenuto sia formale, le può sottrarre: il problema della giustizia, ossia in termini generali che abbracciano non soltanto la filosofia del diritto ma tutta la filosofia nei rapporti con la scienza, il problema del valore." Norberto Bobbio, *Studi sulla teoria generale del diritto*, cit., pag. 49.

²⁸⁴ "Per filosofia del diritto, infatti, io intendo la teoria della giustizia, vale a dire la teoria di quel particolare valore che domina l'esperienza giuridica, e in base al quale il diritto empirico o storico o positivo – che è oggetto, nel suo aspetto formale, della teoria generale del diritto, e nel suo aspetto materiale, delle scienze giuridiche particolari, - viene valutato e quindi, se occorre, trasformato." Norberto Bobbio, *Studi sulla teoria generale del diritto*, cit., pag. 47.

²⁸⁵ "La filosofia del diritto, come teoria della giustizia, si può dividere in una fenomenologia della giustizia (descrizione del valore del giusto) e in una ideologia della giustizia (posizione di un determinato criterio di valutazione e quindi di trasformazione della società): è in altre parole un'analisi descrittiva che sbocca in una presa di posizione ideologica." Norberto Bobbio, *Studi sulla teoria generale del diritto*, cit., pag. 47.

²⁸⁶ "L'errore capitale della teoria pura del diritto, secondo costoro, starebbe dunque nel fatto che, imponendo al giurista di comportarsi come un freddo interprete della norma positiva, qualunque sia il valore etico della norma, lo trasforma in un collaboratore di qualsiasi regime, per abietto e ripugnante che sia, in un lodatore, o per lo meno in un impassibile indagatore, del fatto compiuto." Norberto Bobbio, *Studi sulla teoria generale del diritto*, cit., pag. 79.

Dello stesso tipo è la critica rivolta dal Nicolosi che ritiene che la funzione descrittiva della scienza del diritto, nasconda un'ideologia borghese-liberale, indifferente ai problemi e ai bisogni della società.²⁸⁷

Bobbio ritiene che le cause di queste critiche siano da ricercarsi in una confusione "di partenza" tra il valore e la legalità, tra il diritto e la morale, tra la filosofia e la scienza; confusione che, al contrario, Kelsen ha voluto ardentemente eliminare, separando le diverse sfere e spiegando che la caratteristica della dottrina giusnaturalistica è quella di subordinare il concetto di validità ad un'idea di giustizia assoluta, senza riuscire mai a determinare i criteri di questa giustizia, elaborando una teoria generale strumentalizzata dalle ideologie politiche.²⁸⁸ Bobbio distingue nettamente il compito dello scienziato di individuare le norme giuridiche valide ed efficaci all'interno di un ordinamento giuridico dalla funzione del commentatore politico che valuta ideologicamente le norme: i due atteggiamenti non possono convivere, altrimenti il rischio è lo svuotamento del carattere scientifico della teoria generale del diritto.²⁸⁹

Kelsen non critica solo le correnti culturali del giusnaturalismo o del realismo giuridico americano, ma anche il positivismo giuridico tradizionale, poiché nota in queste teorie l'assenza di una metodologia autonoma della scienza giuridica e l'esistenza di elementi ideologici sottesi che occultano un valore politico.

Tali contraddizioni sono, infatti, la conseguenza di una ancor presente commistione tra il diritto e la morale, tra l'ideologia e la scienza, tra la politica e la teoria generale del diritto: la dottrina pura del diritto si propone lo scopo di tagliare definitivamente tali ingerenze di

²⁸⁷ "Per il Capograssi la teoria del diritto perché è solo apparentemente neutrale; per il Nicolosi è un'ideologia proprio perché è neutrale; è anzi l'ideologia della neutralità. << Il formalismo del Kelsen, la sua istintiva e addirittura teorizzata ripugnanza per ogni posizione ideologica è tipica delle zone più involute e conformiste del liberalismo piccolo-borghese.>>" Norberto Bobbio, *Studi sulla teoria generale del diritto*, cit., pag. 92.

²⁸⁸ "La filosofia giusnaturalistica sopra caratterizzata sostiene la stessa idea, allorché insiste che, contrariamente alle apparenze, il diritto positivo non è la libera creazione di un legislatore e giudice umano, ma una mera riproduzione di un diritto naturale che sta al di là di questo diritto positivo, una copia inadeguata del << diritto in sé>> e che il diritto positivo ha per tale modalità e valore. Le difficoltà in cui viene a porsi la filosofia politica e giuridica del diritto naturale, mediante questo dualismo tra ordinamento positivo ed ordinamento naturale, sono metodologicamente analoghe a quelle della filosofia metafisica della natura (...) Nell'uno caso come nell'altro si ha non solo la minaccia continua dell'insolubile contraddizione fra un ideale in qualche modo accettato, ed una realtà che all'ideale non si conforma, ma anche la tendenza immanente a superare il dualismo, soddisfacendo al postulato dell'unità della conoscenza. È in questo sforzo verso una scienza libera dalla metafisica che la scienza naturale si emancipa dalla teologia e la scienza giuridica e politica dalla giusnaturalistica." Hans Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., pag. 428.

²⁸⁹ "Ciò che la teoria pura del diritto elimina non è l'uno o l'altro problema, ma la confusione di entrambi; ed è proprio questa confusione quella in cui finiscono per cadere, per troppo entusiasmo etico-politico, i suoi oppositori. (...) Quel che si nega è che il giudizio di valore sia tutt'uno col giudizio di validità, e che si possa far dipendere il giudizio di validità, a cui è tenuto lo scienziato: << la norma x esiste o non esiste?>> dal giudizio di giustizia, che è compito del moralista: << la norma x è giusta o non è giusta?>> Si può esporre la questione in questi altri termini: la differenza tra giudizio sulla giustizia di una norma e giudizio sulla validità della stessa norma sta in ciò, che il primo è un giudizio di valore, il secondo un giudizio di fatto." Norberto Bobbio, *Studi sulla teoria generale del diritto*, cit., pagg. 79-82.

campo e di svelare quali siano i criteri da utilizzare per poter analizzare in maniera scientifica il diritto positivo.²⁹⁰

Contro le tendenze ideologiche del positivismo giuridico tradizionale, Kelsen oppone una teoria generale del diritto che si sforza di essere quanto più depurata da elementi di tal genere e che si basi esclusivamente sull'indagine normativa dei significati dell'ordinamento giuridico. Analogo atteggiamento si può riscontrare anche in Norberto Bobbio, quando, in *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, critica la rinascita del diritto naturale e avverte l'esigenza di dover difendere ed esplicitare le basi fondamentali del positivismo giuridico metodologico. Il filosofo torinese fa riferimento, come sopra riscontrato, alla rinascita dei movimenti giusnaturalistici novecenteschi che sorgono in contrapposizione al positivismo giuridico, ritenuto in parte responsabile di non esser riuscito a porre dei limiti al potere politico e di aver contribuito al sorgere dei regimi autoritari.

Tale convinzione scaturiva dal fatto che il positivismo giuridico, concentrandosi esclusivamente sul problema del funzionamento dell'ordinamento giuridico ed estromettendo la morale dall'indagine del diritto, non si preoccupava di fornire limiti etici al potere politico, preoccupandosi solo della validità delle norme e non della loro giustizia. Le nuove dottrine giusnaturalistiche degli anni '60 opponevano, contro tale concezione, la teorizzazione del "diritto naturale vigente", con la quale si faceva riferimento a quell'insieme di norme di diritto naturale che si imponevano sul diritto positivo, rappresentando parametro di valutazione gerarchica delle norme dell'ordinamento giuridico.²⁹¹

Bobbio, in risposta alla rinascita del diritto naturale ed al senso di sfiducia nei confronti del positivismo giuridico, analizza le diverse sfumature e i diversi aspetti del positivismo giuridico, teorizzando il positivismo giuridico metodologico, le cui caratteristiche fondamentali risentono degli schemi della dottrina pura del diritto, ovvero il rifiuto del sincretismo metodologico e la avalutatività del discorso scientifico.

²⁹⁰ "Non si presuppone più il diritto come una categoria eterna e assoluta; si riconosce che il suo contenuto è sottoposto ad un mutamento storico e che, come diritto positivo, è un fenomeno condizionato da circostanze di tempo e di spazio. Ma con ciò non si perde del tutto l'idea di un valore giuridico assoluto, e questa sopravvive nell'idea etica della giustizia affermata anche dalla giurisprudenza positivista. Sebbene si sia energicamente accentuata la distinzione tra la giustizia e il diritto, entrambi i termini rimangono però uniti da fili più o meno visibili. Si insegna che l'ordinamento statale positivo, per essere <<diritto>>, deve partecipare in certo qual modo alla giustizia, sia che esso debba realizzare un minimo etico, sia che esso costituisca un tentativo d'esser diritto giusto, cioè appunto secondo giustizia; il diritto positivo deve corrispondere in qualche misura, sia pur modesta, all'idea del diritto." Hans Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., pag. 62.

²⁹¹ "Da un convegno del giugno 1949 e da una discussione sulla rivista dei giuristi cattolici <<Justitia>> emerge la formula del <<diritto naturale vigente>>: questa formulazione rappresentava una presa di posizione, da un lato, contro i giuristi che non riconoscevano altro diritto vigente che il diritto positivo, e, dall'altro contro le scuole idealistiche, dominanti in Italia nei primi decenni del secolo, che o avevano negato il diritto naturale (idealismo neo – hegeliano) o lo avevano considerato come una pura idea della ragione (idealismo neo – kantiano). In quanto <<vigente>> il diritto naturale era diritto alla stessa stregua di quello positivo, e quindi immediatamente obbligatorio; in quanto <<naturale>> era gerarchicamente superiore al diritto positivo, onde una legge per essere valida doveva essere anche giusta, e pertanto alla domanda se il cittadino fosse obbligato a ubbidire alla legge ingiusta, si dovrebbe dare una risposta negativa." Norberto Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pag. 15.

Questi due elementi comportano lo smembramento e la divisione dei diversi problemi della filosofia diritto: il problema fenomenologico è attribuito al campo della sociologia giuridica ed il problema deontologico al campo della filosofia della giustizia.

4. *La svolta verso la filosofia analitica: il linguaggio rigoroso assunto quale criterio scientifico della dottrina giuridica*

Bobbio, compie un passo ulteriore rispetto al discorso sull'avalutatività del metodo scientifico, attraverso un ragionamento profondo e ponderato, che affonda le sue radici intorno all'analisi della natura stessa della giurisprudenza. Il filosofo torinese nel 1950 definisce in maniera ancor più specifica la metodologia della sua dottrina, approdando al campo della filosofia analitica.

Tale scelta si collega ad una profonda ricerca vertente su due interrogativi fondamentali: 1) se la giurisprudenza possa essere considerata disciplina scientifica; 2) in caso di risposta affermativa, quali sarebbero le caratteristiche di questa scienza. L'autore cerca di rispondere a tali quesiti in un importante testo, nella cui introduzione già si possono scorgere le radici dei ragionamenti che egli elaborerà in *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* del 1965.

Bobbio prova a rispondere a questi interrogativi, partendo dai compiti della filosofia del diritto, distinguendo il compito fenomenologico, deontologico, metodologico ed ontologico, attribuendo alla filosofia del diritto solo uno di questi compiti. La filosofia del diritto non può occuparsi di tutti questi compiti, ma ad essa è assegnato il problema deontologico, cioè il problema relativo al fondamento stesso del diritto ed il giudizio sul valore dell'ordinamento giuridico: la filosofia del diritto si risolve nella teoria della giustizia.²⁹² Il problema ontologico, legato allo studio dell'essenza del diritto, della struttura dell'ordinamento giuridico, spetta, invece, alla teoria generale del diritto, che si colloca su un piano diverso da quello filosofico.²⁹³

²⁹² "Sotto questo aspetto, cioè sotto l'aspetto della conoscenza riflessa dell'operare giuridico, la filosofia del diritto è soprattutto una teoria della giustizia (o un'etica del diritto). In quanto prende coscienza del conoscere giuridico, la filosofia del diritto è quella ricerca, diversa dalla precedente, con la quale l'uomo risponde ad altri interrogativi: qual è il fine della conoscenza dei fenomeni giuridici; quali sono i mezzi intellettuali, logici, con cui posso procurarmi con una certa garanzia di validità quei risultati teorici che mi permettono di raggiungere con la maggiore approssimazione il fine della conoscenza giuridica; quali sono i criteri in base ai quali posso giudicare della validità di un determinato procedimento di logica giuridica, della sua utilità e dell'opportunità di usarlo?" Norberto Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, Giappichelli, Torino, 1950, introduzione, pagg. 6-7.

²⁹³ "Come problema empirico, il problema del concetto del diritto non appartiene alla filosofia, perché non si può differenziare in nessun modo da qualsiasi altro problema scientifico. Lo studio del concetto del diritto appartiene dunque ad una disciplina differente dalla filosofia e che i giuristi chiamano teoria generale del diritto. (...) Qui ci limitiamo ad osservare che i problemi discussi dai filosofi del diritto nella sezione dedicata al compito ontologico del diritto sono in realtà i problemi di quella che i giuristi chiamano appunto la teoria generale del diritto: e sono i problemi della norma giuridica, del rapporto giuridico, dei soggetti e dell'oggetto della norma giuridica e così via." Norberto Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, cit., pag. 12.

Tra il problema ontologico e deontologico si colloca il problema metodologico, cioè la riflessione sul metodo da utilizzare per analizzare il diritto, inteso come oggetto del proprio studio: la risposta sulla natura della scienza giuridica può compiersi proprio tramite una riflessione sul metodo.²⁹⁴ La risposta negativa sulla possibilità di intendere la giurisprudenza quale scienza derivava dalla constatazione che la giurisprudenza fosse una disciplina non rigorosa, incapace di fornire risposte organizzate in un sistema coerente.

Tale concezione era considerata quale problema strutturale, ontologico della giurisprudenza, senza possibilità alcuna di soluzione o di cambiamento.²⁹⁵ Le correnti culturali più recenti, al contrario, hanno superato questo limite e individuato, come obbiettivo del campo metodologico, porre la giurisprudenza come scienza rigorosa.²⁹⁶

Bobbio spiega che tale obiettivo è perseguibile solo grazie al superamento della concezione razionalistica del '600 e quella positivistica dell'800, atteso che tali concezioni elaboravano un'idea della giurisprudenza che difettava delle caratteristiche fondamentali della scienza moderna.

La concezione razionalistica del '600, frutto della corrente culturale del giusnaturalismo, riteneva che il mondo fosse retto da leggi universali e necessarie e che compito della scienza fosse dedurre tali leggi e porle in un quadro razionale e sistematico. All'interno di tale concezione, la giurisprudenza era costituita dall'insieme dei principi del diritto naturale che fornivano risposte immutabili e necessarie, ma non empiricamente verificabili. Tale impostazione era filosofica e non scientifica, poiché forniva risposte con elementi extrasociali, non dotati di evidenza empirica.²⁹⁷

²⁹⁴ "Che oggi la filosofia si occupi del problema metodologico è per noi segno di vitalità, e costituisce indubbiamente un incoraggiamento ad occuparci della metodologia della scienza giuridica. (...) Il problema metodologico della scienza giuridica è ormai un problema all'ordine del giorno. Filosofi del diritto e giuristi lo pongono sovente al centro delle loro discussioni." Norberto Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, cit., pagg. 48-49.

²⁹⁵ "Che la giurisprudenza non sia scienza, si può sostenere per due ordini di motivi: 1) constatando che di fatto, cioè nella particolare situazione storica in cui versa la giurisprudenza in una determinata fase del suo sviluppo, la ricerca del giurista non è ancora sufficientemente organizzata e purificata, ma può, applicando metodi più rigorosi essere perfezionata; affermando che per essenza, cioè per ragioni intrinseche alla natura stessa del diritto e della ricerca sul diritto, la giurisprudenza non può non essere quello che è, cioè una ricerca non rigorosa e non ordinata, e quindi non suscettibile di alcun miglioramento." Norberto Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, cit., pag. 54.

²⁹⁶ "Nel primo caso il limite della giurisprudenza è un limite di fatto che si può superare, onde il problema metodologico per eccellenza diventa quello di fare della giurisprudenza una scienza. Nel secondo caso il limite è di diritto e come tale insuperabile, onde altro è il problema metodologico: vedere se è possibile costruire una scienza giuridica diversa dalla giurisprudenza." Norberto Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, cit., pagg. 54-55.

²⁹⁷ "Giuristi e filosofi posero mano alla costruzione di questa giurisprudenza ideale che sembrava fosse destinata a nobilitare il mondo giuridico, lasciando anche ad esso la sua parte nel rinnovamento scientifico. E ne uscì il vasto e complesso movimento del diritto naturale, che rappresentò, ridotto alla sua sostanza, l'estensione della concezione razionalistica della scienza al campo delle leggi umane, cioè la riduzione a scienza dell'esperienza giuridica. Il diritto naturale costituì la scienza "vera" del diritto, cioè quel sapere definitivo delle leggi umane che non poteva in nessun modo essere costituito dalla giurisprudenza." Norberto Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, cit., pagg. 60-61.

La concezione positivistica dell'800 non utilizzava un sapere extra-sociale collocato al di fuori della realtà empirica, ma cercava di dare risposta ai diversi interrogativi attraverso il metodo dell'osservazione e verifica dei fatti concreti e sociali.

Secondo tale tipo di concezione, la giurisprudenza non possedeva i requisiti per essere considerata scienza verificabile, poiché era considerata dogmatica, incapace di fornire una conoscenza verificabile.²⁹⁸ In altre parole: sia la concezione razionalistica che quella positivistica, per motivi diversi, escludevano la possibilità che la giurisprudenza potesse considerarsi scienza.²⁹⁹

Le uniche discipline che potevano essere considerate scientifiche erano quelle naturalistiche, poiché quest'ultime conseguivano risultati esatti e fondati, mentre la giurisprudenza, non conseguendo gli stessi risultati, non poteva essere considerata tale.³⁰⁰ Un cambiamento avvenne nel momento in cui, affianco alle scienze naturali, venne attribuito carattere di scientificità anche alle "scienze dello spirito", ovvero alle cosiddette "discipline della storia", cioè alle scienze che hanno per oggetto, non elementi della natura, ma creazioni dell'uomo.³⁰¹ Le scienze spirituali si contrappongono alle scienze naturali poiché hanno per oggetto i valori, gli scopi, e le volontà degli uomini ed hanno come metodo la comparazione, l'interpretazione e la critica. La giurisprudenza, in quanto disciplina pensata e voluta, ha tutte le caratteristiche per essere considerata scienza dello spirito che si avvale del metodo comparatistico e dell'interpretazione.³⁰²

²⁹⁸ "La dottrina filosofica ufficiale, pertanto, proclamerà – e sarà da tutti creduta – che la giurisprudenza non è una scienza, non può essere una scienza vera come tutte le altre: la giurisprudenza è una dogmatica. (...) Dire che la giurisprudenza è una dogmatica, significa dire appunto che essa non ha nulla a che vedere con la scienza secondo il concetto che di essa ha la filosofia ufficiale; significa insomma che essa è irriducibile a conoscenza scientifica." Norberto Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, cit., pagg. 65.

²⁹⁹ "Riassumendo si può dire che durante la concezione razionalistica del sapere l'ideale della scienza era l'esattezza. La giurisprudenza non essendo una scienza esatta non scienza. Durante il dominio della concezione positivistica l'ideale della scienza fu la verificabilità. Ma i risultati della giurisprudenza non erano verificabili, e quindi la giurisprudenza non poteva entrare nel novero delle scienze. (...) Come ricerca empirica non entrava nel regno delle scienze razionali; come dogmatica era esclusa dalla famiglia delle scienze empiriche. In modo o nell'altro, per questa o quella ragione, continuava a rimanere fuori dalla porta." Norberto Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, cit., pag. 67.

³⁰⁰ "Infatti, la scienza naturale è rispetto al metodo esatta, perché si vale del metodo matematico; rispetto all'oggetto fondata, perché deriva dall'esperienza e non conosce altra fonte di conoscenza che l'esperienza. La giurisprudenza, al contrario, non è una ricerca né esatta né empirica. Non è esatta perché non si vale del metodo matematico, non è fondata sull'esperienza, perché il suo oggetto di ricerca è costituito dalle disposizioni del legislatore, che non sono dei fatti controllabili empiricamente." Norberto Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, cit., pag. 78.

³⁰¹ "Il primo e più grande tentativo di allargamento dell'ambito delle scienze fu quello fatto in nome delle cosiddette scienze spirituali o scienze dello spirito. Si sostenne che accanto alle scienze naturali vi erano pure le scienze spirituali. (...) Quindi per indicare tutto ciò che non è natura, il termine "spirito" sembra più idoneo, perché in esso si possono comprendere tutte le creazioni dell'uomo, cioè, oltre ai costumi propriamente detti, le lingue, le arti, le istituzioni, le tecniche, ecc." Norberto Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, cit., pagg. 79-80-81.

³⁰² "(...) il diritto è certamente un fenomeno spirituale nel senso che è un prodotto dell'uomo in quanto pensante e volente. (...) Certamente, se vi sono delle scienze spirituali diverse dalle scienze naturali, la ricerca del giurista che ha per oggetto il diritto - il quale è certamente un fenomeno umano, un prodotto dell'attività intelligente e cosciente dell'uomo - ha tutti i requisiti per essere ammessa al novero delle scienze spirituali. Si tratta di staccare la giurisprudenza dall'ambito delle scienze naturali, di legarla, al contrario, al destino delle

Per ottenere l'elevazione a scienza della giurisprudenza, bisognava, però, compiere un passo successivo, poiché la categoria delle scienze spirituali era considerata troppo vasta ed eterogenea per poter avere un'unità sistematica con una metodologia uniforme.³⁰³

Il passo successivo consiste nel distinguere le scienze non solo in base all'oggetto, ma in base al metodo: le scienze naturali effettuano una classificazione di fatti generali, mentre le scienze cosiddette storiche descrivono fatti individuali. Bobbio, però, all'interno di questa distinzione, non compie una scelta radicale, ma trova una sintesi: la giurisprudenza rispetto all'oggetto è una scienza storica, rispetto al fine o al metodo è scienza naturale, in quanto si propone una classificazione generale.³⁰⁴ Bobbio considera la giurisprudenza - avente come oggetto le proposizioni giuridiche volute e pensate dall'uomo - come una scienza empirica, poiché elabora le proprie teorie sulla base della storia, rifiutando di risolvere i propri interrogativi servendosi di elementi trascendenti o di categorie trascendentali che elaborano un sistema di forme a priori.³⁰⁵

La giurisprudenza, al contempo, non ha per oggetto gli stessi fatti empirici delle scienze naturali, ma ha per oggetto le proposizioni giuridiche, cioè gli "enunciati sui fatti" che stabiliscono delle regole di comportamento.

La giurisprudenza, per tali motivi, è scienza empirica e scienza formale, poiché si propone la funzione di descrivere le regole di comportamento della società, cioè di descrivere la

scienze spirituali. E in questo modo il problema della scientificità della giurisprudenza acquisterà nuovo senso e nuovo valore." Norberto Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, cit., pagg. 84-85.

³⁰³ "Il problema è questo: salta agli occhi la differenza propria che esiste tra un ordinamento pratico e un'ideologia, per esempio tra il diritto, come organizzazione stabile della società, e l'arte, come espressione fantastica di uno stato d'animo. Data questa profonda differenza, che senso ha far rientrare nella stessa categoria tanto la scienza che studia il diritto, come quella che si rivolge allo studio dell'arte? Non apparirà necessariamente eterogenea e quindi estremamente confusa una categoria di scienze che abbraccia scienze così diverse?" Norberto Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, cit., pag. 91.

³⁰⁴ "Da questa considerazione risultano due conseguenze importanti: 1) che la giurisprudenza è scienza storica nel senso in cui si possono dire scienze storiche non soltanto "la storia" propriamente detta, ma tutte le scienze che hanno per oggetto di ricerca un fatto dell'uomo. (...) 2) che la giurisprudenza rispetto al fine non è una scienza storica; anzi, proprio da questo punto di vista essa, in quanto scienza generalizzante, non si differenzia per nulla dalle scienze della natura. (...) Ed ecco perché noi possiamo affermare – concludendo il dibattito svolto in questo capitolo – che la giurisprudenza è tanto una scienza storica (perché non esplicativa, ma interpretativa), quanto una scienza naturale (perché è generalizzante e non individualizzante". E con ciò precisiamo pure che la ricerca del giurista non è separatamente una scienza storica e poi anche una scienza naturale, ma è insieme storica e una scienza naturale, dal momento che i due aspetti della comprensione e della generalizzazione sono inscindibili e formano entrambi, l'uno insieme con l'altro, i momenti essenziali della scienza giuridica." Norberto Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, cit., pagg. 127-128.

³⁰⁵ "Se dunque per scienza empirica si deve intendere una ricerca che riconosce come fonte ultima della propria conoscenza l'esperienza, non si può ricusare alla giurisprudenza il diritto ad essere considerata una scienza empirica, posto che il suo oggetto (le regole giuridiche di comportamento) non è assolutamente collocato al di fuori dell'esperienza, non è cioè deducibile a priori da principi ideali, ma è foggato sopra certi comportamenti reali, sopra certi rapporti reali, sopra certi movimenti reali della società che si rendono accessibili al nostro sguardo di indagatori non diversamente dalle altre cose del mondo umano che formano oggetto della storia, della sociologia, dell'economia politica." Norberto Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, cit., pag. 178.

forma dell'ordinamento delle proposizioni giuridiche che attribuiscono ai comportamenti umani un significato giuridico.³⁰⁶

Il punto di arrivo della ricerca di Bobbio è la teoria del normativismo giuridico, proveniente dalla dottrina pura del diritto: la giurisprudenza, per essere scienza, deve descrivere la strutturale formale del diritto, intesa come insieme delle proposizioni normative dell'ordinamento giuridico.³⁰⁷ Bobbio ribadisce nuovamente la ricezione degli schemi della dottrina pura del diritto: l'attività teoretica della giurisprudenza consiste nella descrizione dei diversi meccanismi formali che formano l'ordinamento giuridico; la sociologia del diritto, al contrario, intende formulare le regole di comportamento, effettuando un'attività etico politica.³⁰⁸ In sostanza, la teoria del normativismo giuridico è condizione della scientificità della giurisprudenza: senza i suoi schemi ed i suoi presupposti metodologici, non vi può essere carattere scientifico.³⁰⁹

Per poter considerare la giurisprudenza come un'attività scientifica era necessario che per scienza si intendesse non più la scoperta di verità immutabili, ma si considerasse come la costruzione di un discorso logico rigoroso nel quale vi fosse corrispondenza tra le premesse iniziali e le conclusioni. Una disciplina è scientifica non perché scopre verità assolute, ma perché costruisce un discorso rigoroso, logico e coerente.³¹⁰

³⁰⁶ "L'importante per ora è fissare questo punto: che la ricerca giuridica, invece di avere per oggetto dei fenomeni, degli eventi, degli accadimenti che si possono misurare, osservare, sperimentare, ecc. (come accade per le altre scienze), ha per oggetto delle regole di comportamento. Ora le regole di comportamento sono delle proposizioni che stabiliscono come deve operare un soggetto in una determinata circostanza, sono, in una parola, delle proposizioni normative." Norberto Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, cit., pag. 162.

³⁰⁷ "Insomma qui, pur accettando il valore dell'esperienza per la ricerca del giurista si vuol rimanere fedeli alla teoria normativistica del diritto, la quale considera la norma giuridica, o meglio un determinato complesso di norme giuridiche, il cosiddetto ordinamento giuridico, come l'ambito entro cui si muove la ricerca del giurista, e al di fuori del quale egli non può uscire, se non a costo di trasformarsi in qualcosa di diverso da un giurista, per esempio in un sociologo, in un politico, in un moralista, ecc." Norberto Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, pagg. 179-180.

³⁰⁸ "Quindi ciò che i sociologi chiamano scienza del diritto non merita assolutamente questo nome. Scienza del diritto si può chiamare soltanto quella ricerca teoreticamente fondata e rigorosamente condotta che si rivolge allo studio del diritto già formulato, e lavora nell'ambito di un ordinamento giuridico presupposto: scienza del diritto è la giurisprudenza nel senso tradizionale della parola e giurista è l'interprete di norme giuridiche valide. (...) Dunque, l'attività di colui che formula regole di comportamento è un'attività etico politica, non è un'attività teoretica (come deve essere scientifica). Se veramente dovessimo accettare la riduzione della scienza del diritto ad attività formulatrice delle regole di comportamento giuridico, dovremmo rinunciare una volta per sempre alla scientificità della giurisprudenza." Norberto Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, cit., pagg. 192-193.

³⁰⁹ "Per la teoria normativa, dunque, l'unica possibile scienza del diritto è quella che ha per oggetto il diritto (e non una apparenza del diritto), cioè le proposizioni normative che appartengono ad un ordinamento giuridico valido. La scienza del diritto non è elaborazione di regole che scaturiscono dalla società, ma una teoria del diritto positivo." Norberto Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, cit., pag. 198.

³¹⁰ "Una ricerca non diventa scientifica per il fatto che attinge la verità totale nei confronti di un'altra ricerca che attinge soltanto una verità provvisoria; bensì, secondo il nuovo razionalismo una ricerca diventa scientifica nei confronti di un'altra in quanto costruisce un sistema più rigoroso, cioè più definito nelle sue proposizioni fondamentali e più coerente nel suo discorso. In altri termini possiamo ancora dire: che la scientificità di una ricerca non consiste nella verità (...) ma nel rigore del discorso (...)" Norberto Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, cit., pag. 214.

Il risultato della ricerca di Bobbio è considerare la giurisprudenza come un'attività di ricerca delle proposizioni giuridiche, fondata sull'esperienza della società, con lo scopo di comprenderne il significato e costruirne un sistema coerente. La giurisprudenza, in sostanza, diviene espressione del nuovo razionalismo scientifico nell'individuazione del suo oggetto di conoscenza, nella scelta del metodo e nel fine che si pone: l'obiettivo del giurista diviene la creazione di un discorso rigoroso tramite l'analisi del linguaggio del legislatore.

Bobbio, in questo modo, conduce gli schemi della teoria normativista fino alla loro estrema conseguenza, scegliendo la filosofia analitica: il compito del giurista è interpretare il linguaggio del legislatore al fine di costruire un sistema rigoroso di leggi e significati.³¹¹ La teoria normativa di Kelsen si integra con gli schemi della filosofia analitica e divengono insieme i presupposti scientifici della giurisprudenza.

5. *L'attivismo politico di Norberto Bobbio: il valore della pace nelle sue riflessioni teoriche*

Il confronto tra gli scritti pre-normativisti e quelli successivi dimostrano il forte impatto della dottrina kelseniana, oltreché sulla teoria di Bobbio, su tutto l'orizzonte gius-positivista. La teoria di Kelsen è promotrice di un nuovo indirizzo filosofico che si pone l'obiettivo di attribuire alla teoria del diritto un criterio scientifico ed una precisa autonomia metodologica. Il criterio scientifico è perseguito tramite l'elaborazione di un modo di studiare il diritto squisitamente normativo, che non deve confondersi con il metodo sociologico e che deve mantenersi neutrale nell'analisi del diritto positivo.

La separazione tra la scienza del diritto e l'ideologia politica rappresenta, forse, l'elemento caratteristico più importante e significativo della svolta verso il normativismo giuridico.

La scelta di questa metodologia comporta l'elaborazione di una teoria generale del diritto che non si interessa di valutare i contenuti delle norme giuridiche e che non analizza la giustizia di un contenuto giuridico rispetto ad un altro: la dottrina kelseniana non si preoccupa di orientare i consociati verso un determinato modello di società. La teoria generale del diritto diviene «*super partes*», non si assoggetta ad un ideale specifico, ma, elaborando un autonomo metodo scientifico, intende essere libera ed indipendente.

Questa precisa scelta metodologica si va a contrapporre non solo alla corrente giusnaturalistica, ma anche a quella gius-positivistica, poiché esige una coerenza e purezza metodologica, fino a quel momento assente anche tra gli autori del positivismo giuridico

³¹¹ "Si può dire che la ricerca del giurista, nella sua parte fondamentale e soprattutto nel suo aspetto critico, si risolve in una analisi del linguaggio del legislatore. A quale fine? Lo scopo che si propone la ricerca del giurista in quanto analisi del linguaggio è perfettamente identico a quello di ogni altra analisi linguistica che accompagna il formarsi di ogni scienza: è lo scopo di costruire un linguaggio giuridico come linguaggio rigoroso (...) essa deve trasformare il discorso legislativo in un discorso rigoroso. E solo quando è riuscita a costruire un linguaggio rigoroso, e solo nei limiti in cui questo linguaggio viene costruito, essa può dirsi ricerca scientifica, in una parola, scienza." Norberto Bobbio, *Teoria della scienza giuridica*, cit., pag. 218.

tradizionale. La scelta per questo tipo di scienza giuridica, depurata da ideologie e obiettivi politici, non poteva non essere oggetto di diffuse critiche provenienti da più correnti culturali.

Si è già potuto riscontrare, ad esempio, come Matteucci, analizzando *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, abbia criticato duramente il requisito dell'avalutatività dell'analisi giuridica, ritenendo che tale scelta non scaturisse da un reale interesse scientifico, ma fosse il frutto di un'ideologia "affine" al potere politico contestuale. Secondo Matteucci, tale scelta presentava, innanzitutto, un vizio metodologico, poiché, elaborando una teoria generale indifferente ai contenuti politici, escludeva la "storia" dai discorsi scientifici in nome di un asettico formalismo.³¹²

Matteucci rivolge la sua analisi a *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* come punto di riferimento della teoria più moderna del positivismo giuridico, rilevando che la scelta per l'avalutatività della teoria del diritto, lungi dal rappresentare una mera metodologia scientifica, occulti intrinsecamente un'ideologia politica, sostanzialmente, statalista che riduce la descrizione del fenomeno giuridico al potere accentrato dello Stato. In sostanza, ridurre il ruolo del giurista-teorico ad una mera descrizione dei meccanismi che attribuiscono giuridicità ad una norma posta dallo Stato rappresenterebbe una scelta politica di puro conservatorismo liberale.

La neutralità scientifica, oltre che essere ideologicamente orientata, sarebbe anche inadeguata rispetto alla società contestuale, incapace di dare risposte alle trasformazioni sociali e alle istanze della nuova letteratura giuridica. Ignorare i dibattiti sociali e le cause politiche che muovono le azioni degli uomini avrebbe l'effetto di produrre una scienza inconcludente, fine a sé stessa, che analizza il mondo del diritto con meri esercizi stilistici.³¹³

L'atteggiamento scientifico, promosso dalla teoria pura del diritto e dai suoi seguaci, rappresenta per Matteucci non un progresso verso il futuro, ma un ritorno al passato, verso una teoria statalistica che, invece, si voleva superare. Relegare la valutazione politica della legge ad un campo diverso della teoria del diritto, vorrebbe dire, in sostanza, accettare la riduzione del diritto a mera forza e pretendere per un'idea del diritto dominata dalla nozione di norma prodotta dallo Stato.

³¹² "Ma, se ora passiamo ad esaminare saggi scritti in anni più recenti, troveremo, anche qui non senza qualche incrinatura e incertezza, una ferma difesa dell'orientamento scientifico, inteso come << astensione da ogni presa di posizione di fronte alla realtà osservata, o neutralità etica, o per dirla con la celebre formula weberiana, *Wertfreiheit*>>. La separazione radicale fra filosofia e scienza, fra giudizio prescrittivo e giudizio descrittivo, si concludeva, attraverso la rivalutazione di un orientamento scientifico, in un sostanziale rifiuto dello storicismo che, se proclamato ricordando Weber, partiva in realtà dal Kelsen e dalla filosofia analitica: l'accettazione della propria storicità, infatti, implica per Weber sempre la scelta di valore." Nicola Matteucci Norberto Bobbio, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, cit., pag. 52.

³¹³ L'atteggiamento formale non è dunque così neutrale o avalutativo come a volte si pretenderebbe: come risulta dalla citazione or ora riportata, il formalismo giuridico s'incontra sia con l'ideale scientifico del rigore, proprio degli analisti, che con quello politico della legalità, tipico dei positivisti. E non è questa una soluzione aberrante; ci sembra soltanto inadeguata in una età come la nostra, in cui la rapidità e la profondità delle trasformazioni sociali impongono alla scienza giuridica, una scienza degna di questo nome come fu quella dei giureconsulti romani e dei legisti inglesi, di non dimenticare mai il mezzo che è il diritto per il fine che è la giustizia: perché è questa che, in definitiva, interessa agli uomini. E per questo fine, la teoria normativa non potrà non apparire se non un elegante esercizio dialettico." Nicola Matteucci Norberto Bobbio, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, cit., pag. 107.

La teoria di Bobbio, “rinchiusa” nei formalismi, non sarebbe capace di cogliere le trasformazioni della società, ignorando il nuovo ruolo delle norme costituzionali che, limitando l’azione del potere politico, necessitano di una teoria del diritto nuova e al passo con i tempi.

Secondo il filosofo bolognese, la teoria di Bobbio, mostrandosi indifferente ai principi politici, contraddice i sentimenti politici che l’autore esprime continuamente in altri saggi, e, estromettendo la riflessione sulla giustizia dalla scienza del diritto, sottrae alla scienza la possibilità di rappresentare un limite contro il potere politico.³¹⁴ Questa tesi corrisponde, per certi versi, a quella di Scarpelli, il quale analizza lo sforzo scientifico dei giuristi positivisti come un tentativo di ridurre la funzione della giurisprudenza ad una forma di collaborazionismo con lo stato moderno.³¹⁵ Matteucci e Scarpelli rappresentano solo alcuni degli esempi delle diffuse critiche alla neutralità scientifica normativista, definita da più fronti come l’esempio di un arido formalismo, scaturente da un’ideologia conservatrice.

Bobbio ha difeso, in numerose occasioni, il metodo della neutralità scientifica, spiegando la differenza tra il problema del valore del diritto e quello della validità in diversi suoi saggi, distinguendo con chiarezza il ruolo dello scienziato da quello del politico, senza mai dimostrare alcun sentimento conservatore dietro la scelta metodologica. Al contempo, l’idea che la scelta di questo approccio possa occultare anche un sentimento politico-ideologico, potrebbe essere un’ipotesi non del tutto peregrina. La connessione tra l’ideologia politica e la scelta per la neutralità scientifica si muove, però, in una direzione profondamente diversa da quella promossa da Matteucci.

Per poter indagare questa direzione e ricercare un sentimento politico dietro la scelta a favore del positivismo metodologico, bisogna, innanzitutto, conoscere e analizzare le idee politiche di Bobbio e collegarle con la risposta che il filosofo torinese fornisce in una lettera privata indirizzata, proprio, a Matteucci.

Bobbio, infatti, nell’intento di rispondere alle critiche sollevate da Matteucci, spiega che la scelta a favore della neutralità scientifica non proviene solo da un’esigenza metodologica, ma anche da profondi sentimenti politici.

³¹⁴ “Ricordando l’impegno politico di tanti analisti non comprendiamo perché si ostinino a separare scienza e politica. Questa distinzione non è possibile, e la loro filosofia li porta direttamente ad abbracciare un ordinamento culturale assai vecchio, quello del positivismo giuridico. Essi, forse, credono di salvarsi accentuando al massimo la distinzione fra la scienza, che deve accettare e nella più completa passività il diritto com’è, e la politica dove, in nome della giustizia, si devono criticare le norme esistenti. Questa, per noi, è una soluzione assai grave, perché ripropone una pericolosa scissione fra una scienza, che di nome è neutrale e di fatto conservatrice, e una politica, che di nome è radicale e di fatto è velleitaria. La storia ci offre una serie di grandi giuristi, che furono grandi appunto perché seppero superare nella scienza la passione politica che li muoveva, in questo contribuendo alla perenne vita del diritto.” Nicola Matteucci Norberto Bobbio, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, cit., pag. 107.

³¹⁵ “ (...) per l’interpretazione politica al contrario la scientificità è in funzione della positività, si fa un lavoro scientifico sul diritto positivo, ci si preoccupa di intenderlo e di precisarlo e ricostruirlo in rigoroso sistema, si elabora l’apparato concettuale atto alla traduzione delle norme interpretate in espressioni rigorose ed alla formulazione delle relazioni interne al sistema (...) il giurista giuspositivista, stando a questa interpretazione del positivismo giuridico, non è uno scienziato ispirato da un puro amore per la scienza, ma piega forme scientifiche di pensiero, di linguaggio, e d’opera a fini e interessi politici: i fini e gli interessi politici dello stato moderno.” Uberto Scarpelli, *Cos’è il positivismo giuridico*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1997, pag. 100.

Per indagare la connessione tra la neutralità scientifica e l'ideologia politica che la sostiene bisogna, quindi, comprendere a quali sentimenti politici l'autore faccia riferimento nella risposta a Nicola Matteucci.

Bisogna, anzitutto, rilevare che i sentimenti politici, di cui Bobbio parla, non sono la scelta di una determinata fazione politica rispetto ad un'altra o il sostegno di una precisa ideologia politica rispetto ad un'altra; Bobbio, quando parla di sentimenti politico, fa riferimento ad alcuni specifici valori che possono essere compresi solo analizzando i valori morali che l'autore esprime nelle sue riflessioni sui temi fondamentali che attraversano la società.

Le riflessioni del filosofo torinese sono, innanzitutto, caratterizzate da un vero e proprio culto per il dubbio; questo tratto, tutt'altro che banale, risulta fondamentale per poter comprendere il suo animo ed il suo approccio verso gli interrogativi esistenziali. Bobbio, come sottolineato all'interno della sua *Autobiografia*³¹⁶, è sempre stato considerato il filosofo del dubbio, dell'incertezza, dell'apertura al dialogo e al confronto. Tale definizione non è meramente stilistica, ma rappresenta un vero e proprio «*modus operandi ac vivendi*» dell'autore, assunto come presupposto metodologico di pensiero verso ogni questione esistenziale.

Prediligere la cultura del dubbio significa, innanzitutto, rifiutare i precetti dogmatici, le verità assolute, i radicalismi ideologici e qualsivoglia ideologia che si vuole imporre passivamente senza verifica empirica. È lo stesso Bobbio, in un passo molto importante, a spiegare che valore abbia per lui la ricerca del dubbio, definendo tale approccio come un «valore religioso»: «La mia è una religiosità del dubbio, anziché delle risposte certe. Io accetto solo ciò che è nei limiti della stretta ragione, e sono limiti davvero angusti: la mia ragione si ferma dopo pochi passi, mentre, volendo percorrere la strada che penetra nel mistero, la strada non ha fine. Più noi sappiamo, più sappiamo di non sapere. Qualsiasi scienziato ci dirà che più sa e più scopre di non sapere. (...) Probabilmente dipende dalla mia incapacità di andare al di là, ma quando sento di essere arrivato alla fine della vita senza aver trovato una risposta alle mie domande ultime, la mia intelligenza è umiliata. *Umiliata*. E io accetto questa umiliazione. La accetto. E non cerco di sfuggire a questa umiliazione con la fede, attraverso strade che non riesco a percorrere. Resto uomo della mia ragione limitata e umiliata. So di non sapere. Questo lo chiamo "la mia religiosità."»³¹⁷

Elevare il dubbio come approccio metodologico significa essere aperti ad ogni tipo di confronto, senza stabilire precondizioni o preconetti ideologici; dal rifiuto dei radicalismi ideologici consegue la scelta per il confronto, il dialogo, la discussione, intese come ricerca dei punti comuni anche all'interno di posizioni apparentemente opposte e inconciliabili.³¹⁸

³¹⁶ "Sono una persona indecisa, anche nelle piccole questioni della vita: amo dibattere il pro e il contro, piuttosto che trarre le conclusioni. Come il cacciatore di Pascal: più la caccia che la preda. Un filosofo impegnato nella edizione castigliana dell'*Elogio della mitezza* mi ha definito il filosofo << de la indecisiòn >>. Norberto Bobbio, *Autobiografia*, cit., pag. 203.

³¹⁷ Norberto Bobbio, *Religione e religiosità*, testimonianza apparsa su MicroMega n. 2/2000, pp. 7-10.

³¹⁸ "Tanto meno la mitezza può essere scambiata con la modestia. La modestia è caratterizzata da una sottovalutazione non sempre sincera, anzi spesso ipocrita di sé stessi. La mitezza non è né sottovalutazione, né sopravvalutazione di sé, perché non è una disposizione verso sé stessi, ma, come ho già detto, è sempre un atteggiamento verso gli altri e si giustifica soltanto nell' "essere verso l'altro". Non è da escludere che il mite possa essere anche umile e modesto. Ma i tre abiti non coincidono. Siamo umili e modesti per noi stessi. Siamo miti di fronte al prossimo." Norberto Bobbio, *Elogio della mitezza*, Linea d'ombra, Milano, 1993, pag. 18.

Bobbio, nell'*Elogio della mitezza* spiega chiaramente quali siano le caratteristiche di tale «modus operandi ac vivendi», evidenziando che la consapevolezza della fallibilità delle proprie asserzioni costituisce il modo migliore per poter dialogare e vivere con l'altro.³¹⁹

La predilezione per il dialogo non rappresenta un'innata virtù, ma deriva dalla capacità di analizzare le questioni fondamentali con moderazione, evitando qualsivoglia forma di superiorità intellettuale o di sovrastruttura ideologica che si oppongono ad un confronto costruttivo. La cultura del dialogo, promossa dal filosofo torinese, oltretutto in questi tipi di scritti, è testimoniata dai suoi saggi scientifici, nei quali l'autore - di fronte a posizioni contrapposte o apparentemente inconciliabili - dimostra un'accanita tendenza a ricercare un punto di incontro, capace di conciliare posizioni radicalmente contrapposte. La nozione di persona, ad esempio, nasce come punto di equilibrio tra diversi elementi in reciproca opposizione: 1) l'individuo e la collettività 2) la società d'interessi e la comunità di legami affettivi 3) la libertà e l'eguaglianza 4) il liberalismo e il socialismo.

La stessa soluzione della giurisprudenza quale scienza dello spirito, empirica, ma formale, promossa nella *Teoria della scienza giuridica*, deriva dalla volontà scientifica di ricercare una sintesi tra le scienze dello spirito e le scienze naturali. Questa capacità si rivela persino nella contrapposizione tra il giusnaturalismo e il positivismo giuridico, quando l'autore torinese, in *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, individua diversi punti di sintesi tra le due contrapposte correnti culturali, definendole in alcuni tratti fratelli e non nemici.³²⁰

Questi pochi esempi testimoniano un preciso approccio teorico, proteso a creare ponti di comunicazione tra elementi differenti, facendo coesistere i punti in comune e scartando gli elementi divisivi. Per poter realizzare un ponte tra due teorie opposte, bisogna coltivare lo studio analitico, ovvero l'osservazione che non si ferma in superficie, ma che penetra nella profondità delle cose, facendo emergere nuovi punti di vista e dando nuova luce agli elementi già conosciuti.

Non bisogna confondere tale approccio con un atteggiamento remissivo, inerte, indeciso; la postura del filosofo torinese di fronte alle questioni spinose è sempre stata caratterizzata da una costante presa di posizione risoluta, di critica e di condanna verso posizioni non condivise. Bobbio, infatti, nell'*Elogio della mitezza* spiega chiaramente come non bisogna confondere la mitezza d'animo con la remissività, l'inerzia, la passività: "Il remissivo è colui che rinuncia alla lotta per debolezza, per paura, per rassegnazione. Il mite no: rifiuta la distruttiva gara della vita per un senso di fastidio, per la vanità dei fini cui tende questa gara, per un senso profondo di distacco dai beni che accendono la cupidigia dei più, per

³¹⁹ "Tutti questi temi e tutte le opere di Bobbio presentano un marchio di fabbrica inconfondibile tanto nell'argomentare teorico quanto nella formulazione stilistica, che si può sintetizzare in tre concetti: dialogo, chiarezza, comprensione. (...) Da questo duplice atteggiamento - che riflette le due facce della stessa medaglia - derivano la sua apertura al dialogo, come strumento insostituibile della convivenza civile del progresso della conoscenza, e la sua ricerca inesausta di chiarezza nel dibattere e nello scrivere. (...) La chiarezza, la comprensione e il dialogo sono esercizi fondati sulla ragione. Perciò è forse utile precisare che la comprensione, nel senso inteso da Bobbio, è la comprensione razionale, non quella emotiva." Mario G. Losano, *Norberto Bobbio, una biografia culturale*, Carocci, 2018, pagg. 211-212.

³²⁰ "Scherzosamente si potrebbe dire che nel caso in cui s'incontrano in quanto ideologie sono nemici ma non fratelli; nel caso in cui s'incontrano come teorie, non sono né fratelli né nemici; nel caso in cui s'incontrano come modi diversi di accostarsi all'esperienza giuridica, sono fratelli e non nemici." Norberto Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pag. 123.

manca di quella passione che secondo Hobbes era una delle ragioni della guerra di tutti contro tutti, la vanità o la vana gloria, che spinge gli uomini, a voler primeggiare; (...) non è né remissivo, né cedevole, perché la cedevolezza è la disposizione di colui che ha accettato la logica della gara, la regola di un gioco in cui alla fine c'è uno che vince e uno che perde (un gioco a somma 0, come si dice nella teoria dei giochi). (...) Il mite è un uomo tranquillo, ma non remissivo, ripeto, e neppure bonario (...)."³²¹

La mitezza, se sul piano scientifico si esprime con la ricerca dei punti in comune tra teorie differenti, nell'orizzonte politico degli scenari internazionali, caratterizzati da scontri sanguinosi e scenari di guerra, si manifesta in cultura della tolleranza: "Come modo di essere verso l'altro, la mitezza lambisce il territorio della tolleranza e del rispetto delle idee e del modo di vivere altrui. Eppure, se il mite è tollerante e rispettoso, non è solo questo. La tolleranza è reciproca: affinché vi sia tolleranza bisogna essere almeno in due. Una situazione di tolleranza esiste quando uno tollera l'altro. Se io tollero te e tu non tolleri me, non c'è uno stato di tolleranza ma al contrario c'è sopraffazione (...) La tolleranza nasce da un accordo e dura quanto dura l'accordo. La mitezza è una donazione e non ha limiti prestabiliti."³²²

L'elemento della tolleranza rappresenta la concretizzazione della mitezza nel rapporto con gli altri: non vuol dire subire l'altro senza pretese, ma fissare dei limiti alla propria azione nel rapporto con gli altri e pretendere dagli altri lo stesso. La tolleranza, sul piano politico e sociale, è il principio che favorisce la coesistenza, che rappresentava per Bobbio, negli anni giovanili, il principio fondamentale della nozione di persona e la condizione "ideale" di giuridicità del diritto.

La connessione tra il valore della coesistenza, professata negli anni giovanili, la cultura della tolleranza, difesa negli anni più maturi, testimonia la prima linea di continuità del pensiero politico e morale di Norberto Bobbio.

Tale connessione, che testimonia la coerenza e la continuità di pensiero del filosofo anche tra fasi filosofiche diverse, rappresenta l'elemento fondamentale per comprendere il pensiero politico che anima la scelta per il positivismo giuridico metodologico. La nozione di persona rappresentava negli anni giovanili il simbolo della coesistenza pacifica all'interno della comunità e riguardava sostanzialmente lo scontro tra l'individuo e la collettività, trovando la sua risoluzione nel concetto di democrazia, giudicata come forma di governo migliore per favorire contemporaneamente lo sviluppo dell'individuo e la coesistenza tra i consociati. Il problema della coesistenza in questi anni va a collegarsi ai conflitti posti all'interno della singola comunità, nell'intento di ricercare la struttura di governo migliore per attenuare i conflitti all'interno della società e poter coesistere pacificamente.

Il problema della coesistenza, successivamente, oltrepassa i confini territoriali della propria comunità politica, allargandosi fino a riguardare, non solo la coesistenza tra i consociati, ma la coesistenza tra i popoli e tra le nazioni. La cultura della tolleranza diviene pacifismo politico, inteso come principio che favorisce il dialogo tra le culture e Stati differenti.³²³

³²¹ Norberto Bobbio, *Elogio della mitezza*, cit., pag. 17.

³²² Norberto Bobbio, *Elogio della mitezza*, cit., pag. 19.

³²³ Vogliamo semplicemente dire che la democrazia, come termine unitivo delle due opposte e integrantisi esigenze della giustizia, è la direzione verso cui procede la nostra civiltà. (...) che lo stato democratico è quello in cui viene attuata con maggiore adeguazione al modello ideale la libertà nella coesistenza, vale a dire la

Nello scenario internazionale, pervaso da conflitti e da un perenne clima di tensioni, Bobbio distingue due contrapposte culture, quali la “cultura della tolleranza” e la “cultura della potenza”, che rappresentano rispettivamente due diversi modi di interagire con ciò che è portatore di un bagaglio identitario e culturale diverso. La cultura della potenza si erge sulla volontà di dominio, di sopraffazione, nell'intento di imporre la propria volontà sull'altro senza alcun tipo di limite, scegliendo la forza come unico mezzo risolutore delle controversie. La cultura della tolleranza, al contrario, si erge sulla mitezza, cioè sulla capacità di risolvere le controversie tramite l'autolimitazione delle proprie pretese, cercando gli elementi che favoriscono la coesistenza contro ogni radicalismo, fanatismo, arroccamento ideologico.

Bobbio, come Kelsen, ha vissuto gli orrori della guerra e dei regimi autoritari e la sua esperienza gli ha insegnato che i conflitti scaturiscono dall'assenza della mitezza e dalla preferenza per la cultura della potenza, caratterizzata da radicalismi ideologici. Un tale vissuto ha condotto il filosofo torinese a farsi portatore sul piano politico-internazionale di un'ideologia, sostanzialmente, pacifista che rappresenta la via da indagare per comprendere il valore politico sotteso alla scelta per il positivismo giuridico metodologico.

L'intera vita del filosofo torinese, oltre che essere dedicata allo studio e alla ricerca, è sempre stata caratterizzata da un forte attivismo politico, sia attraverso la lotta nei confronti del fascismo, durante gli anni giovanili, sia, successivamente, a supporto dell'instaurazione della democrazia. Bobbio è sempre stato in prima linea su ogni questione che riguardasse la vita politica del Paese, mostrando sempre un atteggiamento equilibrato, democratico, ma determinato e convinto nel prendere posizione per schierarsi a difesa delle battaglie in cui credeva.

Il suo attivismo politico rese Bobbio un vero punto di riferimento per la vita politica del Paese; in età più matura venne anche suggerito quale possibile Presidente della Repubblica Italiana, prima di ricoprire il ruolo «*ad honorem*» di senatore a vita. L'impegno politico di Bobbio è stato caratterizzato da una grande attenzione verso il tema delle guerre, avendo egli, in prima persona, attraversato gli orrori che le guerre sono capaci di generare.³²⁴

Se la mitezza nella scienza conduceva il filosofo ad esplorare quali fossero i punti in comune tra teorie contrapposte, lo stesso sentimento si manifestava all'interno del contesto politico internazionale col sostegno all'ideologia dell'ascolto, alla diplomazia tra i popoli, alla risoluzione pacifica delle controversie internazionali, ripudiando ogni forma di aggressione violenta.³²⁵

coesistenza degli esseri liberi; è quindi la più prossima attuazione fra quante la storia contemporanea conosca, della comunità personale, ed in definitiva dell'ideale di giustizia a cui tendono gli uomini liberi di tutti i paesi” Norberto Bobbio, *Lezioni di filosofia del diritto, ad uso degli studenti*, Giappichelli-Editore, Torino, 1945, pag. 220.

³²⁴ “Ho partecipato anch'io a marce per la pace negli anni della guerra fredda, nonostante la preferenza più volte dichiarata per il pacifismo istituzionale. Se le gambe mi reggessero, lo farei ancora. Lo farei ancora, perché? Perché so che, se anche tutti i contadini del mondo si unissero per far piovere, la pioggia, qualora cadesse, non dipenderebbe dalle loro invocazioni. Non ho dubbi, invece, che, se tutti i cittadini del mondo partecipassero ad una marcia della pace, la guerra sarebbe destinata a scomparire dalla faccia della terra.” Norberto Bobbio, *Il problema della guerra e le vie della pace*, il Mulino, Bologna, prefazione alla quarta edizione, 1997, pag. 16.

³²⁵ “La ritengono giustificabile coloro che non saprei chiamare se non i fanatici, i quali, pur ammettendo la possibilità dell'autodistruzione totale o comunque di una distruzione immane, ritengono che il sacrificio

La difesa della pace diventò per Bobbio una vera missione politica che prese sempre più spazio nei suoi diffusi saggi politici, divenendo la pace, un problema non solo politico, ma, soprattutto teorico. L'autore distingue, dal punto di vista teorico, due forme di pacifismo, uno attivo e uno passivo. Il pacifismo passivo è caratterizzato da un atteggiamento ottimista verso la scomparsa della guerra: a causa della produzione di armi sempre più tecnologicamente sviluppate con una potenza distruttiva potenzialmente di massa, le Nazioni sceglieranno percorsi alternative alle guerre, scongiurando il rischio di una distruzione globale del pianeta. Quest'idea è caratterizzata dalla fiducia nell' "equilibrio del terrore", espressione con la quale si fa riferimento all'equilibrio intercorrente tra le grandi Potenze del mondo che, intimorite dalla reciproca forza distruttiva, desistono dall'intraprendere nuovi scenari di guerra.³²⁶ Il pacifismo attivo è caratterizzato, al contrario, da un forte pessimismo nei confronti dell'"equilibrio del terrore" e dal timore che lo sviluppo, sempre più diffuso, di armi di distruzioni di massa condurrà i popoli a conflitti sempre più tremendi e sanguinosi.³²⁷

All'interno del pacifismo attivo, il filosofo torinese distingue, a sua volta, tre diverse forme: quello strumentale, quello etico-finalistico e quello istituzionale.³²⁸ Il primo si definisce strumentale in quanto si propone come obiettivo della sua azione il disarmo, quindi la progressiva diminuzione da parte degli Stati di spesa militare e di armamenti distruttivi. Il pacifismo strumentale, sostanzialmente, si articola in due momenti, uno positivo, l'altro negativo: quest'ultimo consiste nella capacità di disincentivare l'acquisto e la produzione

dell'umanità sia eticamente buoni di fronte alla perdita di un bene superiore a quello della vita, com'è il bene della libertà; oppure che la distruzione immane possa essere pur sempre un mezzo, forse in determinate circostanze l'unico mezzo, o per far trionfare la propria concezione del mondo, o per affermare la propria potenza, o, in casi disperati, per uscire da una situazione intollerabile (la forza della disperazione). Norberto Bobbio, *Il problema della guerra e le vie della pace*, cit., pag. 44.

³²⁶ "di fronte al problema della nuova guerra e delle sue conseguenze, infatti, le due reazioni più frequenti sono quelle che corrispondono, appunto, agli atteggiamenti del pacifismo passivo e del pacifismo attivo: a) la guerra oggi è diventata tanto terribile e catastrofica per entrambi i contendenti che, come mezzo per risolvere le grandi controversie internazionali, è inutilizzabile e quindi destinata a scomparire (...) Il primo atteggiamento è quello che corrisponde alla fiducia nel cosiddetto equilibrio del terrore, per cui la pace sarebbe affidata non al tradizionale instabile equilibrio di potenza ma, al contrario, ad una nuova più stabile, forma d'equilibrio, che è l'equilibrio dell' impotenza (terrore paralizzante)." Norberto Bobbio, *Il problema della guerra e le vie della pace*, cit., pag. 38.

³²⁷ "b) la guerra termonucleare, per le sue conseguenze terrificanti, per la minaccia che porta con sé della autodistruzione del genere umano, e ad ogni modo, anche per i più ottimisti, dell'annientamento di centinaia di milioni di vittime inconsapevoli e innocenti, è rispetto ai valori umani più comunemente accettati condannabile e pertanto bisogna fare ogni sforzo per trovare i rimedi più adatti ad eliminarla per sempre. (...) il secondo atteggiamento è quello che sta dando impulso a tutti i movimenti che in un modo o nell'altro tendono alla formazione di una coscienza atomica. Dal punto di vista del primo atteggiamento, che l'istituzione della guerra, dopo la comparsa dell'arma totale, sia da considerarsi una via bloccata significa che la via della guerra percorsa sino ad oggi ininterrottamente dall'umanità, è diventata *impossibile*; dal punto di vista del secondo atteggiamento, significa che, pur essendo possibile, è ingiustificabile." Norberto Bobbio, *Il problema della guerra e le vie della pace*, cit., pag. 38.

³²⁸ "Il pacifismo attivo si muove in tre direzioni secondo che cerchi la soluzione del proprio problema – eliminazione della guerra e instaurazione di una pace perpetua – agendo sui mezzi o sulle istituzioni o sugli uomini. Si può parlare di un pacifismo strumentale nel primo caso, istituzionale nel secondo, finalistico nel terzo." Norberto Bobbio, *Il problema della guerra e le vie della pace*, cit., pag. 79.

delle armi distruttive da parte dello Stato; quello positivo consiste nella promozione di strade alternative alla guerra per poter raggiungere gli obiettivi prefissati senza l'utilizzo di conflitti e guerre, con la promozione di forme di dialogo. Sebbene Bobbio riconosca l'importanza della diffusione di tali atteggiamenti e ne incoraggi la promozione, la sua razionalità lo invita a diffidare della "sola" politica del disarmo, mostrando più fiducia per le pratiche non violente, ritenendo che il problema della guerra non sono solo i mezzi utilizzati in battaglia, ma i modi con i quali si decide di ottenere i risultati politici.³²⁹

Il pacifismo finalistico persegue l'obiettivo della pace tramite precetti morali, esortazioni, iniziative diplomatiche, per sensibilizzare la coscienza umana e allontanare l'idea del conflitto violento come possibilità di scelta. La sensibilizzazione sociale non è, però, sufficiente e occorre ricercare nuovi meccanismi per disincentivare la scelta della guerra. Le nuove strade ricercate da Bobbio lo conducono verso il pacifismo istituzionale, ovvero verso quelle forme di risoluzione giuridiche dei conflitti internazionali, tramite l'utilizzo delle organizzazioni sovranazionali. Bobbio, all'interno del pacifismo istituzionale, distingue due diversi tipi: quello giuridico, basato sull'idea di organizzazione di Stato sovranazionale, capace di sostituire i rapporti internazionali basati sull'autotutela con dei rapporti di eterotutelati. In questo modo l'uso della forza viene, via via, ridimensionato grazie all'azione del diritto; il pacifismo sociale, invece, è caratterizzato dall'idea di rivoluzionare il sistema capitalistico a favore di istanze sociali, nella convinzione che, senza il sistema capitalistico, le guerre diminuirebbero fino a scomparire. Il filosofo torinese ha scritto innumerevoli pagine su questi temi; quello che, in questa sede, interessa è evidenziare che l'ideologia pacifista di Bobbio non rappresenta solo una scelta morale, ma una riflessione teorica e scientifica.³³⁰

La soluzione giuridica, fondata sul diritto internazionale, da sola non basta: la soluzione promossa dal filosofo torinese, anche in questo caso, è una soluzione sintesi delle tre forme di pacifismo appena descritte, ovvero perseguire il pacifismo istituzionale integrato dalla soluzione finalistica e strumentale.³³¹

³²⁹ "La politica del disarmo rappresenta il pacifismo attivo nella sua forma teoricamente più elementare e praticamente più moderata o meno radicale: non si preoccupa di cercare un rimedio all'esplosione delle guerre in base allo studio delle cause o delle condizioni che le rendono possibili, in base ad una spiegazione scientificamente plausibile del fenomeno; si limita, non andando al di là di un'osservazione superficiale di ciò che accade, a dare l'ostracismo agli strumenti che rendono possibili le conseguenze nefaste della guerra, e fanno della guerra un evento deprecabile. (...) l'invenzione di nuove tecniche non cruente per piegare i superbi o per scoraggiare i temerari o per ridurre all'obbedienza i recalcitranti, appare come una delle forme più alte della saggezza e dell'intelligenza umana." Norberto Bobbio, *Il problema della guerra e le vie della pace*, cit., pagg. 80-83.

³³⁰ "E' il pacifismo, infatti, che persegue l'ideale della pace attraverso il diritto, cioè prevalentemente con mezzi giuridici, creando una nuova istituzione, lo stato universale, in cui la soluzione dei conflitti attraverso la guerra diventa impossibile. Qui il rapporto diritto-guerra è il completo rovesciamento della figura guerra-rivoluzione, cui eravamo giunti da ultimo nella nostra rassegna. Nella figura della guerra-rivoluzione è la guerra che crea il diritto; nella concezione del pacifismo giuridico è il diritto che elimina la guerra." Norberto Bobbio, *Il problema della guerra e le vie della pace*, cit., pag. 116.

³³¹ "Purtroppo, il diritto da solo non basta. Il motto «summum ius summa iniuria» è stato formulato da un moralista. Ma il filosofo della storia, lo storico, colui che cerca di interpretare realisticamente quello che accade dovrebbe invertire la formula e dire: summa iniuria summum ius. (...) La pace oggi è un compito troppo importante perché non si debbano percorrere tutte le strade che possono condurre, presto o tardi, alla meta.

Le posizioni assunte da Bobbio sono sempre accompagnate da un lucido realismo che lo conduce a ricercare non una soluzione che elimini completamente la guerra come possibilità di scelta, ma alternative capaci di ridimensionare il più possibile la scelta del conflitto violento.³³² Il lucido realismo si manifesta anche nell'osservare l'inefficacia delle soluzioni diplomatiche e delle organizzazioni sovranazionali che non riescono concretamente ad evitare conflitti sanguinosi.

L'autore riunisce nel 1989 una serie di saggi nell'opera *Il terzo assente* con la quale denuncia l'inconsistenza di un organismo sovranazionale capace di dirimere i conflitti pacificamente, scongiurando l'uso della forza. L'autore evidenzia che, se gli organismi sovranazionali non saranno dotati di poteri effettivi, il dialogo ed il compromesso saranno sempre ostaggio della scelta libera degli Stati, che non verranno mai realmente disincentivati al commettere le violazioni degli impegni internazionali. Le riflessioni emerse in queste pagine, se rilette alla luce del contesto internazionale contemporaneo, appaiono di significativa rilevanza e di straordinaria attualità.

Bobbio evidenzia come i conflitti siano caratterizzati da elementi molto simili tra di loro, come innanzitutto l'impossibilità di ricostruire in maniera oggettiva le cause stesse di un conflitto. Fin quando gli organismi sovranazionali non possiederanno riconoscimento e potere effettivo, gli equilibri internazionali saranno sempre ostaggio della forza incontrollata degli Stati: "Che i due grandi attualmente sulla scena affermino di difendere interessi vitali e valori fondamentali che si escludono a vicenda è uno spettacolo a cui assistiamo tutti i giorni. Ma in un sistema in cui due parti si considerano incompatibili, non ci può essere equilibrio se non temporaneo, in attesa appunto della «soluzione finale». Il fatto che ognuno dei due giustifichi il mantenimento e il continuo aumento della propria potenza affermando che l'aggressore è l'altro da parte di un gioco tanto vecchio da non sorprendere più nessuno. Un gioco oltretutto ambiguo per non dire contraddittorio, perché nel momento stesso in cui entrambi dicono la stessa cosa (l'aggressore è l'altro), nessuno dei due è per un verso aggressore visto da sé stesso, tutti e due, per un altro verso, sono aggressori dal punto di vista dell'altro. Tutti e due sono al tempo stesso aggressori e non aggressori. (...) Per uscire dall'equilibrio del terrore l'uomo naturale hobbesiano aveva deciso di rinunciare all'uso della propria forza e di accordarsi coi suoi simili nel costituire un potere comune. Attualmente non si vede alcuna possibilità che il grande Leviatano, l'uomo artificiale, voglia fare altrettanto."³³³

Se gli Stati non ripongono fiducia negli organismi sovranazionali, rinunciando a parte della propria sovranità, non vi potrà essere pace attraverso il diritto, ma la pace potrà essere

Oltretutto le tre vie non sono incompatibili: possono essere percorse parallelamente senza incrociarsi, (...) Nonostante l'enorme accrescimento delle nostre conoscenze sul passato dell'umanità e sull'ambiente che ci circonda, non conosciamo né l'origine né la meta ultima della storia umana." Norberto Bobbio, *Il problema della guerra e le vie della pace*, cit., pagg. 116-117.

³³² " L'unica proposta realistica, incredibilmente, è proprio quella che i realisti considerano, o per lo meno hanno sinora considerato, irrealistica, è quella che mira alla invenzione di nuove istituzioni e di nuovi strumenti di azione che permettano di risolvere senza bisogno di ricorrere alla violenza individuale e collettiva conflitti sociali la cui soluzione è stata tradizionalmente affidata all'azione violenta, che rendano insomma la violenza o troppo costosa o inutile o addirittura contro-operante." Norberto Bobbio, *Il problema della guerra e le vie della pace*, cit., pag. 161.

³³³ Norberto Bobbio, *Il terzo assente*, Sonda, Casale Monferrato, 2013, pag. 67.

assicurata solo dalla reciproca sfiducia, ovvero dall'“equilibrio del terrore”. Le parole dell'autore, vecchie di più di cinquant'anni, tuonano sull'odierno scenario politico internazionale dominato da conflitti sanguinosi, nel quale il diritto internazionale viene costantemente violato ed ignorato. Le organizzazioni sovranazionali continuano a non possedere poteri effetti e vincolanti e si continua a perseguire la pace attraverso la forza e non attraverso il diritto: “Ogni conflitto termina o con la vittoria di uno dei due rivali oppure con l'intervento di un Terzo o sopra o in mezzo o contro i due rivali. In altre parole, se un conflitto ha da essere risolto con la forza, uno dei due deve essere eliminato; se deve essere risolto pacificamente occorre emerga un Terzo cui le parti si affidino o si pieghino. (...) Esiste allo stato attuale delle parti in campo dei rapporti internazionali un Terzo? No, non esiste. Per questo, illuderci su una pace possibile, è stolto; illudere, è una consapevole menzogna. Questo Terzo avrebbe dovuto essere, in quanto terzo al di sopra delle parti, le Nazioni Unite, nate con lo scopo principale di dirimere i conflitti internazionali prima che generino in guerra. Avrebbe potuto essere, in quanto terzo tra le parti, l'Europa. Vorrebbero esserlo, come terzo contro le parti, i gruppi non violenti, le forze spirituali come le chiese, una grande autorità morale come quella del Papa. Ma le Nazioni Unite sono impotenti (i due grandi se ne fanno beffe); L'Europa è divisa in due blocchi, che stanno dalle parti opposte della barricata del Muro.”³³⁴

6. *Il «sentimento politico» sotteso alla scelta per la neutralità scientifica*

Le pagine, sopra analizzate, oltre a mostrare l'estrema attualità del pensiero dell'autore torinese, evidenziano la mitezza risoluta di Bobbio applicata alle questioni politiche ed il suo fermo credo per le ideologie democratiche, protese al dialogo, alla società aperta, alla coesistenza intesa come valore ideologico.

Questi valori si riscontrano nei diversi saggi politici realizzati dall'autore o negli scritti appartenenti all'età pre-normativista o post-normativista, ma non all'interno della teoria del diritto attraversata dall'influenza della dottrina kelseniana. Negli scritti degli anni giovanili, caratterizzati da una filosofia del diritto politica e ideologica, si poteva ricostruire facilmente il pensiero politico dell'autore sotteso alla teoria del diritto che egli promuoveva. Ciò era possibile poiché l'intento dell'autore era criticare il volontarismo giuridico in connessione ai regimi autoritari, in nome della difesa di valori democratici. Dopo la conversione al normativismo giuridico, a causa della scissione tra politica e scienza in nome della neutralità scientifica, non vi è più traccia di una presa di posizione politica connessa alla teoria del diritto. La domanda che occorre sollevare, a questo punto, è se la scelta per la neutralità scientifica sia così avulsa da un sentimento politico: la scissione tra politica e scienza è così radicale nella teoria del filosofo torinese? La neutralità scientifica, nel pensiero di Bobbio, è davvero avulsa da valori politici? Vi è realmente una contraddizione, come sostiene Matteucci, tra il Bobbio politico delle idee ed il Bobbio scienziato del diritto?

³³⁴ Norberto Bobbio, *Il terzo assente*, Sonda, Casale Monferrato, 2013, pag. 217.

In realtà, se si collegano gli scritti politici di Bobbio alla lettera privata che il filosofo torinese scrive in risposta a Matteucci, la contraddizione denunciata da quest'ultimo, relativamente alla scelta del positivismo giuridico metodologico, assume un significato profondamente diverso. Il filosofo torinese di fronte all'accusa di vuoto formalismo, propugnata dal filosofo bolognese, offre un'interpretazione puramente politica: "Per quel che riguarda il distacco tra scienza e vita, la cosa è certamente più complessa. Ma anche qui, penso si possa trovare qualche buona ragione per sostenere che il distacco è più apparente che reale. Per noi della nostra generazione, che ci siamo trovati faccia a faccia con gli opposti fanatismi – prima il fascismo, poi, appena liberati dal fascismo, l'ombra minacciosa del padre Stalin – la neutralità scientifica è diventata essa stessa un abito di vita, è diventata il nostro modo di partecipare alla lotta politica, è diventata, in sede pratica, *imparzialità*. Non sarebbe da esaminare il passaggio (inconsapevole, lo riconosco) dalla *neutralità scientifica alla imparzialità etica*? O, se si vuole, con una formula: *rigore contro furore*. Il significato dei miei saggi raccolti in *Politica e cultura* è tutto qui: l'ideale dello scienziato che diventa ideale politico. Discutere pacatamente invece di accapigliarsi. Procedere a colpi di argomenti (sì, anche gli aborriti argomenti linguistici) anziché a colpi di mitra. Cercare le buone ragioni a destra e a sinistra, demistificare le ideologie, esorcizzare le visioni globali e definitive. Cercare di capire prima di prendere posizione pro o contro. (...) Non voglio, si intende, con queste poche battute, liquidare la questione. Voglio semplicemente offrire, prima di tutto a me stesso, un motivo di spiegazione di un atteggiamento che può sembrare, e a lei è sembrato, sconcertante."³³⁵

Tali parole, se collegate agli scritti sopra analizzati, assumono una significativa importanza, poiché offrono una spiegazione politica ed ideologica per la scelta del positivismo giuridico metodologico del 1965 e, in generale, per la scelta della teoria pura del diritto di Hans Kelsen. Queste poche righe, infatti, rivelano che l'espulsione della giustizia dal campo della teoria del diritto non risponde solo ad una scelta metodologica, ma rappresenta una scelta politica. La neutralità scientifica è espressione della mitezza di Bobbio, del rifiuto verso i radicalismi, dei fanatismi ideologici che conducono ai conflitti, agli aspri disordini ed alle guerre. La neutralità scientifica rappresenta, nel campo della teoria generale del diritto, il pacifismo ideologico del filosofo torinese ed è il modo con il quale Bobbio estromette gli elementi divisivi all'interno del sapere scientifico, con lo scopo di attribuire «armonia» ad ogni riflessione sugli elementi del diritto.

La neutralità scientifica non è sinonimo di «neutralità ideologica»: essa rappresenta il modo che Bobbio adotta per coltivare il dubbio, l'incertezza sugli interrogativi ultimi del mondo giuridico, al fine di coltivare i valori democratici all'interno della scienza del diritto.

Le correnti giusnaturalistiche danno risposte sempre diverse sulla domanda sulla giustizia, sui diritti naturali, creando divisioni e conflitti irrisolvibili sul piano della conoscenza, ma solo sul piano dei valori. La scelta per il positivismo giuridico metodologico rappresenta una scelta a favore della coesistenza dei saperi: il giusnaturalismo impone scelte radicali, generando conflitti insolubili sul piano della conoscenza; la scelta per il positivismo giuridico metodologico occulta al suo interno la scelta per la moderazione del pensiero, la

³³⁵ Nicola Matteucci Norberto Bobbio, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, cit., pagg. 161-162.

scelta per la mitezza dell'agire, la scelta per la conservazione del dubbio che si esprime in Bobbio con la coesistenza dei valori democratici contro la "presunzione" dei radicalismi. Attraverso questa ricostruzione, il Bobbio formalista aderente alla teoria pura del diritto non appare più in contraddizione con il Bobbio degli anni giovanili: tra queste due diverse fasi si può rilevare, invece, una stretta continuità. Il filosofo torinese, prima della conversione al normativismo giuridico, elaborava una filosofia del diritto fortemente ideologica, caratterizzata da un'avversione nei confronti dello statalismo-autoritario in nome della difesa dei valori democratici. L'autore, negli anni successivi, adotta una diversa metodologia scientifica, ma il sentimento politico è lo stesso: la difesa della democrazia e della pace.

Non esistono tanti "volti diversi dello stesso autore", ma uno solo: il «Bobbio politico», risolutivamente difensore dei valori democratici. L'autore elabora, in un primo momento, una filosofia del diritto ideologica, per contrastare le derive autoritarie e, successivamente, sceglie la neutralità scientifica di Kelsen, perché, oltretutto affascinato dal giurista austriaco sul piano scientifico, considera la sua teoria anche come la più valida per difendere i valori della coesistenza contro le divisioni politiche. La scelta verso la teoria pura del diritto di Kelsen non è solo una scelta scientifica, ma rappresenta una scelta politica ed ideologica: Hans Kelsen, oltre che un fermo difensore della democrazia, è un sostenitore del relativismo etico che si integra "in modo naturale" con la mitezza di Norberto Bobbio.³³⁶

In entrambi gli autori, il rifiuto verso i radicalismi giusnaturalistici e l'estromissione della giustizia dal campo della teoria generale del diritto, non è espressione di un atteggiamento indifferente verso i problemi della società contestuale, ma è un modo per dare importanza alla scelta individuale e attribuirle spazio in campi diversi dalla scienza. La teoria generale del diritto, attraverso la neutralità scientifica, deve diventare il «terreno della coesistenza pacifica dei saperi». Non è un caso che il giurista austriaco abbia indicato il relativismo filosofico, non solo come presupposto della teoria del positivismo giuridico, ma anche come elemento fondamentale della democrazia, identificata come la forma di governo migliore per coltivare il dialogo e la coesistenza.³³⁷

La democrazia rappresenta la pacificazione dei conflitti; la condivisione del sentimento democratico rende Kelsen per Norberto Bobbio, oltre che un punto di riferimento scientifico,

³³⁶ "Come dottrina relativistica dei valori, anche il positivismo fornisce parametri per la valutazione dei vari modi in cui si configura il diritto positivo, ma questi parametri hanno carattere relativo. Il fatto che questo relativismo ci abbandoni a noi stessi significa ch'esso ci rende consapevoli che sta a noi risolvere il quesito, perché il rispondere alla domanda concernente ciò che è giusto e ciò che è ingiusto dipende dalla scelta della norma di giustizia che intendiamo porre a fondamento del nostro giudizio di valore: le risposte possono quindi essere quanto mai diverse. Significa altresì che soltanto noi possiamo compiere la scelta, ciascuno di noi e nessun altro, né Dio né la natura né la ragione considerata come autorità oggettiva. Ecco il vero significato dell'autonomia della morale." Hans Kelsen, *Il problema della giustizia*, Einaudi, Torino, 2024, pagg. 121-122.

³³⁷ "Ma chi sa che alla conoscenza umana sono accessibili solo valori relativi può giustificare la coercizione necessaria alla loro realizzazione solo avendo l'assenso se non di tutti (il che sarebbe impossibile, vorrebbe dire l'anarchia), almeno della maggioranza di quelli per i quali l'ordinamento coercitivo pretende validità. Questo è il principio della democrazia. È il principio della maggiore libertà possibile come opposizione relativamente minore possibile tra la volontà générale, il contenuto dell'ordinamento statale, e la volontà de tous, la volontà dei singoli soggetti sottoposti a questo ordinamento." Hans Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, a cura di Agostino Carrino, Giappichelli, Torino, 2004, pag. 87.

un punto di riferimento politico: “Questa fuga dalla democrazia è solo una prova del fatto che la forma politica della democrazia non si adatta ad una lotta di classe che debba terminare con la vittoria decisiva di un partito e la sconfitta annichilitrice dell’altro. La democrazia, infatti, è la forma politica della pace sociale, della composizione dei contrasti, della reciproca comprensione su una linea mediana. E se c’è in generale una via su cui il tremendo conflitto delle classi che lacera così catastroficamente l’unità del popolo tedesco non spinge ad una sanguinosa catastrofe rivoluzionaria, ma dev’esser risolto per via pacifica, questa è la via della democrazia, che appunto non è voluta da tutti coloro che non vogliono la pace e quello che della pace è il prezzo: il compromesso.”³³⁸

Il relativismo filosofico di Kelsen si articola, quindi, in due direzioni differenti, ma complementari: presupposto per una teoria generale del diritto che espunge ogni tipo di contaminazione ideologico-politica e pilastro fondamentale della società democratica. La consapevolezza che sul piano della conoscenza è impossibile fornire una risposta condivisa sul valore della giustizia, comporta sul piano scientifico l’elaborazione di una teoria generale del diritto indipendente dai valori politici e, sul piano politico, la scelta per la democrazia che sostiene la libertà di pensiero e la pace sociale.³³⁹ La stessa pace sociale non è un principio naturale sovraordinato, a cui bisogna necessariamente tendere; essa, al contrario, rappresenta una scelta tra i valori, un giudizio che trova la sua concretizzazione nella tolleranza come virtù politica, che favorisce la coesistenza delle diversità e la libera manifestazione del pensiero.³⁴⁰

La democrazia non è, quindi, espressione di una giustizia assoluta, perché essa è irraggiungibile sul piano della conoscenza, ma rappresenta la forma di governo più giusta proprio perché, presupponendo il relativismo etico, favorisce la coesistenza tra i diversi saperi.

³³⁸ Hans Kelsen, *Essenza e valore della democrazia*, a cura di Agostino Carrino, Giappichelli, Torino, 2004, pag. 83.

³³⁹ “La giustizia assoluta è un’ideale irrazionale. Dal punto di vista della conoscenza razionale, vi sono soltanto interessi umani e, perciò, conflitti di interessi, per la soluzione dei quali esistono due possibilità: o quella del soddisfacimento di un interesse a spese dell’altro, o quella di un compromesso. Non è possibile dimostrare che soltanto una di queste soluzioni è giusta. Se come valore più alto si presuppone la pace sociale, la soluzione di un compromesso può sembrare giusta.” Hans Kelsen, *I fondamenti della democrazia e altri saggi*, Il Mulino, Bologna, 1966, pag. 428. Titoli originali: *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1929; *Foundation of Democracy*, apparso in *Ethics*, LXVI, 1955-56, n. 1, parte II; *Abolutism and Relativism in Philosophy and Politics*, apparso in *Western Political Quarterly*, II, 1949, n. 4; *Was ist Gerechtigkeit?* Wien, Franz Deuticke, 1953.

³⁴⁰ “Ma anche la giustizia della pace è soltanto una giustizia relativa per nulla assoluta. Quale è allora la morale di questa filosofia relativista della giustizia? Ha essa una morale? Il relativismo è forse amorale o addirittura immorale, come molti pensano? Io non sono di questa opinione. Il principio morale che è alla base di una dottrina relativista dei valori o che può da essa venir dedotto, è il principio della tolleranza, cioè la esigenza di comprendere benevolmente le opinioni religiose o politiche altrui anche se non condivise, e perciò di non impedire che esse possano pacificamente esternarsi. È di per sé evidente che da una concezione relativista del mondo non risulta alcun diritto ad una tolleranza assoluta. Si può soltanto parlare di una tolleranza nell’ambito di un ordinamento giuridico positivo che, proibendo qualsiasi ricorso alla violenza, garantisca la pace fra coloro che sono soggetti alla legge, senza limitare, però, l’esternamento pacifico delle loro opinioni. Tolleranza significa libertà di pensiero. I più alti valori morali sono stati compromessi dall’intolleranza di coloro che li hanno difesi.” Hans Kelsen, *I fondamenti della democrazia e altri saggi*, cit., pagg. 429-430-431.

La democrazia è giudicata la forma di governo più giusta poiché favorisce le libertà individuali, dove per libertà si intende non sopraffazione, tolleranza e, soprattutto, cultura della coesistenza.³⁴¹

Nel pensiero di Kelsen la democrazia e la scienza sono strettamente collegate: la democrazia favorendo l'incontro tra i saperi, coltivando la cultura della reciproca tolleranza, rappresenta la forma di governo migliore dove la scienza può prosperare, poiché l'unico modo per coltivare una scienza libera è l'indipendenza da ogni forma di potere politico. In questo modo la metodologia della dottrina pura del diritto si incontra con i principi democratici, poiché la scienza può prosperare se rimane libera ed indipendente da ogni ideologia politica: "Poiché democrazia, secondo la sua natura più intrinseca, significa libertà, e poiché libertà significa tolleranza, nessuna altra forma politica è più favorevole alla scienza della democrazia. La scienza, infatti, può soltanto prosperare se è libera, ed essa non è libera soltanto se indipendente esteriormente, cioè se è libera da influssi politici, ma anche se lo è interiormente; se, cioè, nella formulazione dell'argomento e della replica regna una completa libertà. Nessuna dottrina può venire oppressa in nome della scienza, poiché l'anima della scienza è la tolleranza."³⁴²

Ecco come anche in Kelsen, in misura meno esplicita rispetto a Bobbio, si può rilevare un filo sottile che congiunge la tolleranza come principio democratico alla tolleranza del sapere scientifico, che si esprime nella metodologia della dottrina pura del diritto, ovvero nell'ideazione di una scienza pura, indipendente da ogni forma di potere politico e da ogni valore assoluto della giustizia. Così come la democrazia è la forma di governo migliore per favorire le libertà individuali, la teoria pura del diritto, allo stesso tempo, rappresenta la metodologia migliore per creare una scienza del diritto libera da ogni radicalismo politico. La giustizia che sceglie Kelsen è quella giustizia che favorisce la libertà e tale forma di giustizia è la società nella quale può esistere una scienza libera: "Poiché, in effetti, io non so e non sono in grado di dire che cosa sia la giustizia, la giustizia assoluta, questo bel sogno dell'umanità. Io mi debbo accontentare di una giustizia relativa e posso soltanto dire che cosa è per me la giustizia. Poiché la scienza è la mia professione e costituisce il centro della mia vita, la mia giustizia è quella sotto la cui tutela può prosperare la scienza e con la scienza la verità e la sincerità. È la giustizia della libertà, la giustizia della pace, la giustizia della democrazia, la giustizia della tolleranza."³⁴³

Norberto Bobbio interpreta la metodologia della dottrina pura del diritto come la «manifestazione scientifica» della tolleranza democratica, virtù politica fondamentale per la

³⁴¹ "Se la democrazia è una forma politica giusta, è soltanto perché essa significa libertà, e libertà significa tolleranza. Ma può la democrazia rimaner tollerante se si deve difendere da mene antidemocratiche? Essa lo può: nella misura in cui non può reprimere manifestazioni pacifiche di concezioni antidemocratiche. Proprio per questa sua tolleranza la democrazia si distingue dall'autocrazia. Noi siamo autorizzati a respingere l'autocrazia e ad essere fieri della nostra forma politica democratica soltanto finché manterremo questa distinzione. La democrazia non può difendersi cedendo spontaneamente, ma è un diritto di ogni governo, anche di un governo democratico, quello di reprimere con la forza e di impedire con mezzi adatti tutti quei tentativi che mirano a rovesciarlo." Hans Kelsen, *I fondamenti della democrazia e altri saggi*, cit., pag. 432.

³⁴² Hans Kelsen, *I fondamenti della democrazia e altri saggi*, cit., pag. 433.

³⁴³ Hans Kelsen, *I fondamenti della democrazia e altri saggi*, cit., pag. 433.

coesistenza tra le libertà: è questo il vero sentimento politico sotteso alla scelta per il positivismo giuridico metodologico.

IV. La nuova teoria del diritto degli anni '70 e le riflessioni sul rapporto tra diritto e potere

1. La teoria dell'ordinamento giuridico e l'evoluzione della scienza giuridica

In questo capitolo conclusivo si analizzeranno gli elementi principali della teoria normativista di Bobbio, ovvero la descrizione delle caratteristiche principali della norma e dell'ordinamento giuridico, con particolare attenzione alla teoria della proposizione giuridica e alla descrizione della complessità e dell'unità dell'ordinamento giuridico.

In particolare, si approfondirà il modo in cui Bobbio eredita e interpreta questi elementi teorici dalla dottrina di Kelsen. È interessante notare la lettura critica che Bobbio offre di Kelsen, poiché il giurista torinese, pur essendo d'accordo sulla gran parte delle tesi del giurista austriaco, conserva una propria autonomia teorica che si scorge soprattutto nella svolta funzionalistica e nelle riflessioni sui temi oggetto della filosofia politica. Approfondendo l'interpretazione che Bobbio offre di Kelsen sarà possibile, inoltre, analizzare le riflessioni più rilevanti della dottrina normativista sul fenomeno giuridico: dalla definizione della norma giuridica fino ai problemi inerenti alla legittimazione dell'ordinamento.

Confrontando i risultati scientifici della fase normativistica con quella precedente e quella successiva, caratterizzata dalla svolta funzionalistica e dall'approdo alla filosofia politica, è possibile cogliere l'evoluzione teorica di questi temi e le ricadute sul modo di intendere il fenomeno giuridico. A ridosso della seconda metà degli anni '60, la neutralità scientifica di derivazione kelseniana si "scontra" con le nuove istanze provenienti da più correnti culturali della scienza giuridica che sollecitavano una svolta del positivismo giuridico per intercettare le trasformazioni della società.

L'impostazione radicale della metodologia kelseniana, così come era stata assorbita e interpretata dal giurista torinese, subisce una flessione in favore dell'elaborazione di una funzione del giurista più contemporanea, capace di rappresentare il peso e l'influenza dell'attività interpretativa realizzata dal giurista sulla produzione legislativa e sull'applicazione delle leggi. Già in *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, come riscontrato nel primo capitolo, vi è una prima revisione della funzione meramente descrittiva del giurista e quest'idea raggiunge una sua evoluzione con la pubblicazione del saggio *Essere e dover essere nella scienza giuridica* del 1967 e con la svolta funzionalistica del 1977.

A partire dalla seconda metà degli anni '60, alcuni temi centrali della fase pre-normativista ritornano nelle riflessioni di Bobbio, ma con una "nuova veste", dopo l'esperienza della dottrina di Kelsen che ha segnato un punto di non ritorno per le teorie di Bobbio e per l'intera cultura gius-positivistica.

La teoria del diritto di Bobbio, con l'approdo alla filosofia politica e con l'influenza delle istanze funzionalistiche, uscirà dall'isolamento del periodo normativista e riscoprirà un dialogo con le altre discipline, conservando una propria autonomia metodologica, senza disperdere gli insegnamenti della dottrina di Kelsen che rimarrà la premessa di partenza di qualsiasi nuova ricerca.

2. *La teoria generale del diritto di Norberto Bobbio: la teoria della proposizione giuridica e «l'imperativismo moderato»*

Bobbio non ha mai scritto un'opera sistematica dedicata allo studio dell'ordinamento giuridico. Diversi testi nei quali l'autore tratta in maniera organizzata lo studio del funzionamento dell'ordinamento giuridico sono dedicati alla professione di insegnante e, quindi, pensati come corsi universitari. Si può affermare, in un certo senso, che non esiste una teoria del diritto di Bobbio; al contempo, il suo pensiero può essere ricostruito attraverso un'opera di assemblaggio dei diffusi contributi scientifici pubblicati dall'autore sulle questioni di diritto più rilevanti.

L'unica opera recante il titolo di *Teoria generale del diritto* attribuita a Bobbio nasce, infatti, da un lavoro di "montaggio" delle lezioni universitarie tenute dall'autore negli anni 1957-58 e 1959-60 dedicate, appunto, agli studenti. Queste lezioni universitarie furono, dapprima, tradotte, all'insaputa di Bobbio, dal Prof. Eduardo Rozo Acuna dell'Universidad Externado de Colombia (Bogotà) per i suoi studenti e, successivamente, pubblicate, con il consenso dell'autore, in due edizioni di *Teoría general del derecho*: la prima nel 1987 presso la Casa editrice Temis di Bogotà; la seconda nel 1991 presso la casa editrice Debate di Madrid. Bobbio, nel 1993, quando ormai si dedicava da oltre vent'anni alla filosofia politica, acconsente alla pubblicazione in Italia dell'opera, su richiesta della Casa editrice Giappichelli; le lezioni universitarie del 1957-1958, 1959-1960 vengono, quindi, pubblicate in unico testo con l'unico titolo di *Teoria generale del diritto*.

Questo testo, anche in virtù della sua particolare formazione, rappresenta un lavoro di estrema rilevanza, poiché è una riflessione compiuta sugli elementi dell'ordinamento giuridico, un esempio concreto della teoria del diritto di Bobbio dopo la conversione alla teoria del normativismo giuridico. Si parla di conversione, poiché è lo stesso Bobbio ad utilizzare questo termine, sottolineando come l'approdo alla teoria kelseniana coincidesse storicamente anche con l'inizio di una nuova vita.³⁴⁴

³⁴⁴ "Parlo di conversione, perché soltanto così spiego, da un lato, l'oblio in cui ho lasciato sprofondare i miei scritti giuridici precedenti, dall'altro, la confessione più volte fatta, secondi cui alla rottura violenta del passato avvenuta nella storia del nostro paese tra il 1934 ed il 1946 ha corrisposto una frattura nel corso della mia vita

L'opera è suddivisa in due parti: la prima è dedicata all'analisi delle caratteristiche della norma giuridica; la seconda parte si concentra sull'analisi strutturale dell'ordinamento giuridico. Non sono due parti scollegate tra loro, ma interconnesse da un unico tema: la ricerca della definizione formale di diritto. La differenza con la fase pre-normativista è ormai evidente: il filosofo torinese non ricerca l'essenza degli istituti giuridici tramite una giurisprudenza "eidetica", non ricerca una definizione razionale della giustizia come condizione "ideale" della giuridicità. Bobbio, tramite un'analisi prettamente strutturale della norma e dell'ordinamento giuridico, conferisce alla sua teoria una caratterizzazione scientifica che si esprime nella ricerca della definizione formale di diritto. Se si confrontano le lezioni del 1940-41 o quelle delle 1945 con questo testo le differenze sono radicali: basti pensare alla critica sulla teoria a gradi di Kelsen o ai due opposti modi di trattare il tema della giustizia.

La nuova impronta scientifica delle opere dell'autore torinese risente prevalentemente della ricezione degli schemi della dottrina pura del diritto; la scelta di distinguere e collegare i corsi della norma e dell'ordinamento proviene dall'influenza di Kelsen e dall'obiettivo di evidenziare la natura nomodinamica dell'ordinamento giuridico. La tesi relativa all'istituzionalizzazione dell'ordinamento giuridico, pur essendo strettamente collegata alla dottrina kelseniana, è condizionata anche dall'influenza dell'istituzionalismo di Santi Romano che, come già si è potuto riscontrare, ha esercitato sempre una grande influenza sull'autore torinese. Il metodo utilizzato dall'autore consiste nella ricerca dei tratti distintivi del diritto, evitando riduzionismi o radicalismi teorici, come sottolineato all'interno della prefazione dell'opera.³⁴⁵

La prima parte dell'opera si concentra sull'analisi della norma giuridica: il ruolo prioritario attribuito alla norma giuridica è conseguenza della teoria del normativismo giuridico che analizza il diritto partendo dalla norma giuridica, come punto di partenza di ogni riflessione sul fenomeno giuridico.

L'autore, nelle prime righe del testo, esplicita tale scelta di campo, specificando che il punto di vista normativo è un criterio scientifico, chiarendo che tale scelta deriva dalla consapevolezza che l'esperienza giuridica non sia altro che un'esperienza normativa.³⁴⁶

privata e pubblica, intellettuale e morale. *Incepit vita nova.*" Norberto Bobbio, *Diritto e potere*, introduzione di Agostino Carrino, Giappichelli, Torino, 2014, pag. 3.

³⁴⁵ "Tra i giuristi e filosofi del diritto Kelsen era in quegli anni di casa. Ne feci uno dei miei autori e, nel campo della teoria del diritto, l'autore princeps. Che i due corsi siano ispirazione kelseniana, non ho fatto mai mistero, e appare evidente a qualsiasi letto un po' informato sullo stato della disciplina: kelseniana è, tanto per cominciare la distinzione fra teoria della norma (singola) e teoria dell'ordinamento (insieme strutturato di norme), anche se la tesi centrale e unificante di entrambi i corsi, secondo cui la definizione del diritto, tema centrale della teoria generale del diritto, non viene cercata, come avveniva tradizionalmente, nei caratteri distintivi della norma, ma in quelli dell'ordinamento, risente piuttosto della dottrina italiana dell'istituzione, che gode tutt'ora di una rinnovata fortuna. (...) I temi propri del positivismo giuridico sono continuamente presenti nelle mie lezioni, tanto che l'etichetta, sotto la quale io stesso ho posto la concezione del diritto in essi rappresentata, è quella del positivismo, se pure teoricamente non rigido né ideologicamente connotato, che ho chiamato critico. (...) Ne risulta una tendenza costante a rifuggire dalle tesi estremizzanti, che esibiscono originalità a buon mercato, e da quelle riduzionistiche che omettono di guardare la questione da tutti i lati." Norberto Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993, prefazione, pagg. 8-9.

³⁴⁶ "Il punto di vista accolto in questo corso per lo studio del diritto è il punto di vista normativo. Con ciò intendo che il miglior modo per avvicinarsi all'esperienza giuridica e coglierne i tratti caratteristici è di

Il normativismo giuridico di derivazione kelseniana non si risolve solo nella scelta del carattere prioritario della norma, ma, soprattutto, nella metodologia usata per studiare le norme giuridiche. Le norme giuridiche vengono analizzate con una specifica metodologia: esse non sono analizzate nel loro contenuto o giudicate per le direttive che esse prescrivono. Il punto di vista normativo non si interessa di classificare o valutare le norme in base ai significati prescrittivi che esse stabiliscono. Le norme giuridiche sono analizzate nella loro forma, nella loro struttura, nel ruolo che esse assumono all'interno del funzionamento del sistema giuridico. Alla teoria generale del diritto non interessa la scelta politica sottesa al contenuto normativo, ma 'solamente' il ruolo strutturale che le norme giuridiche assumono nell'architettura giuridica dell'ordinamento. Tale è il metodo formalista, che incentra la propria ricerca sulla forma delle norme giuridiche, espellendo il punto di vista ideologico sotteso alle scelte normative, per difendere ed elaborare un criterio puramente scientifico.³⁴⁷ Tale metodologia non è l'unica possibile, ma rappresenta una precisa scelta scientifica; si può scegliere di analizzare la norma giuridica anche nel suo contenuto per decifrarne l'opportunità politica oppure per verificarne l'influenza sui comportamenti dei consociati, ma questi altri modi di osservare il fenomeno giuridico appartengono a discipline diverse dalla teoria del diritto, come la filosofia della giustizia o la sociologia giuridica. Tale è il punto di vista di Bobbio interprete di Kelsen: le discipline che studiano il diritto in maniera diversa dal punto di vista normativo non possono definirsi scienze giuridiche. Esse non pongono il diritto positivo come oggetto della propria conoscenza con lo scopo di studiarne e descriverne la struttura; tali discipline studiano le norme giuridiche in relazione ad altri elementi, con lo scopo di criticarle politicamente o di prevedere determinati risultati. Bobbio, sotto l'influenza della dottrina pura del diritto, sceglie il criterio formalistico per difendere l'autonomia metodologica della scienza normativa e distinguerla dalle altre discipline, occupandosi della struttura della norma giuridica per garantire alla propria teoria un carattere scientifico ed autonomo rispetto a tutte le altre scienze sociali.³⁴⁸

considerare il diritto come un insieme di norme o regole di condotta. Partiamo dunque da un'affermazione generale di questo genere: l'esperienza giuridica è un'esperienza di normativa. La nostra vita si svolge in un modo di norme. Crediamo di esser liberi, ma in realtà siamo avvolti in una fittissima rete di regole di condotta, che dalla nascita sino alla morte dirigono in questa o quella direzione." Norberto Bobbio, *Teoria generale del diritto*, cit., pag. 1.

³⁴⁷ "Il punto di vista da cui ci proponiamo di studiare la norma giuridica in questo corso può dirsi formale. È formale nel senso che considereremo la norma giuridica indipendentemente dal suo contenuto, ovvero nella sua struttura. Ogni norma, come del resto ogni proposizione, presenta problemi strutturali che vengono posti e risolti senza riguardo al fatto che essa abbia questo o quel contenuto. Ciò che faremo oggetto di studio nel seguito del corso sarà la norma giuridica nella sua struttura logico-linguistica. Di fronte al complesso delle norme giuridiche, il nostro problema sarà quello di domandarci qual tipo di proposizioni esse siano, se siano prescrittive e di qual tipo, quali classi di proposizioni prescrittive esse comprendano, e così via." Norberto Bobbio, *Teoria generale del diritto*, cit., pagg. 45-46.

³⁴⁸ "Si capisce che lo studio formale delle norme giuridiche che qui s'intraprende, non esclude affatto altri modi di considerare il diritto. Se io mi propongo di conoscere non già quale sia la struttura delle norme giuridiche, ma quale sia l'opportunità o la convenienza o la giustizia delle norme giuridiche che compongono un determinato sistema, oppure quale sia l'efficacia sociale che certe norme esercitano in un determinato ambiente storico, l'oggetto della mia ricerca non sarà più la forma o struttura, ovvero, per usare una metafora, l'involucro, il recipiente, ma il contenuto, ciò che il recipiente contiene, cioè i comportamenti regolati. (...) Ma se io voglio sapere quali siano i motivi per cui questa norma è stata emanata, se questi motivi siano da

La scelta per il normativismo giuridico conduce, in sostanza, ad analizzare il fenomeno giuridico con l'obiettivo di descrivere lo scheletro dell'ordinamento giuridico, disinteressandosi di ogni valutazione politica o ideologica.

La norma giuridica, adottando il punto di vista formale, è definita come una proposizione; per proposizione si intende un insieme di enunciati aventi un significato complesso e di senso compiuto. Le norme giuridiche non sono proposizioni descrittive o espressive, ma appartengono alla «species» di proposizioni prescrittive, ovvero consistono in quell'insieme di enunciati che hanno la funzione non di descrivere una situazione, ma di influire sul comportamento di un determinato soggetto.³⁴⁹

Definire la norma giuridica come una proposizione prescrittiva è per Bobbio una scelta teorica di significativa rilevanza, poiché rappresenta un modo per occupare una posizione autonoma all'interno del dibattito relativo alla natura delle norme giuridiche, conteso tra i promotori della teoria imperativistica ed i suoi avversari. L'autore, infatti, prende posizione in maniera netta contro la teoria imperativistica del positivismo giuridico tradizionale che definisce le norme giuridiche come meri comandi e individua i consociati quali destinatari diretti dei comandi giuridici. Da tale costruzione teorica emerge una visione autoritaria del diritto, poiché gli appartenenti alla comunità giuridica sono descritti quali meri 'sudditi' obbligati ad obbedire agli imperativi provenienti dal legislatore. Bobbio considera questa teoria estremamente semplicistica rispetto alla complessità del materiale giuridico, evidenziando come essa non sia capace di spiegare tutti i fenomeni appartenenti all'esperienza giuridica; la norma come imperativo non riesce, ad esempio, a spiegare gli altri fenomeni giuridici, come la consuetudine o il diritto internazionale. Il rifiuto dell'imperativismo tradizionale proviene dalla teoria kelseniana che rovescia l'impostazione teorica tradizionale, sostenendo un nuovo modo di analizzare la norma giuridica, in netta discontinuità con gli orientamenti precedenti.

Kelsen ritiene che la dottrina imperativistica della norma giuridica conservi, al suo interno, un residuo della dottrina giusnaturalistica, poiché analizza la norma giuridica alla pari di un imperativo morale. Il giurista austriaco introduce la nozione di proposizione giuridica con l'obiettivo di separare la sfera giuridica da quella morale, distinguendo la natura della norma giuridica da un imperativo morale, senza abbandonare la nozione di dover essere. Kelsen definisce la norma giuridica come una proposizione che esprime, non un imperativo, ma un giudizio ipotetico, fondata su due elementi connessi e interdipendenti: una premessa condizionante ed una conseguenza condizionata, unite dalla "copula" del dover essere.

accettarsi, se sia effettivamente seguita o non sia continuamente violata, ecc., dovrò fare delle ricerche in un campo completamente diverso da quello che diventerebbe mio oggetto di studio se volessi pormi analoghe domande intorno al divieto di uccidere." Norberto Bobbio, *Teoria generale del diritto*, cit., pag. 46.

³⁴⁹ "Quando diciamo che una norma giuridica è una proposizione, vogliamo dire che essa è un insieme di parole aventi un significato. (...) Senza la pretesa di dare definizioni rigorose ed esaurienti, ci basti qui dire che la funzione descrittiva, propria del linguaggio scientifico, consiste nel dare informazioni, nel comunicare ad altri certe notizie, nella trasmissione del sapere, insomma nel far conoscere; la funzione espressiva, propria del linguaggio poetico, consiste nel rendere evidentemente certi sentimenti e nel tentare di evocarli in altri, in modo da far partecipare altri ad una certa situazione sentimentale; la funzione prescrittiva, propria del linguaggio normativo, consiste nel dare comandi, consigli, raccomandazioni, avvertimenti, sì da influire sul comportamento altrui e modificarlo, e insomma nel far fare." Norberto Bobbio, *Teoria generale del diritto*, cit., pagg. 50-53.

Questi due elementi sono l'illecito e la sanzione giuridica che esprimono un rapporto di imputazione: l'illecito è definito come il comportamento che integra la premessa condizionante alla quale è imputata la sanzione giuridica. Il rapporto tra questi due elementi non è di necessarietà, come avviene nel rapporto di causalità, ma di imputazione: è la sanzione giuridica ad avere in questo rapporto una posizione di preminenza, distinguendo il comportamento permesso da quello vietato.³⁵⁰

La teoria della norma giuridica quale giudizio ipotetico serve non solo a confutare la dottrina imperativistica, ma anche ad evidenziare la differenza tra la dottrina pura del diritto e tutte le altre dottrine giuridiche. La norma quale giudizio ipotetico capovolge, innanzitutto, l'impostazione della dottrina tradizionale di Austin, incentrata sul dogma della volontà del legislatore e sulla natura imperativa del diritto: Kelsen critica la dottrina dell'Austin, evidenziando la fragilità della nozione di comando, definendola di natura "psicologica", inidonea a spiegare la nozione di norma giuridica. La teoria di Austin elaborerebbe una connessione di dipendenza tra il fenomeno giuridico e la volontà di comando; la dottrina pura del diritto si oppone a questa tesi, sostenendo che la giuridicità di una norma deriva da altri complessi meccanismi che non possono essere ridotti al solo elemento volontaristico.³⁵¹

La costruzione della norma quale giudizio ipotetico, incentrata sul parallelo tra il principio di imputazione e il principio di causalità, risponde all'esigenza di elaborare un principio autonomo della scienza giuridica, diverso dalle altre scienze sociali, collocando gli altri modi di osservare il materiale giuridico in campi differenti, fuori dalla scienza giuridica.³⁵²

³⁵⁰ "Considerato da questo punto di vista, l'illecito è la condizione a cui la norma giuridica ricollega la sanzione. Una data condotta umana è un illecito perché a tale condotta, intesa come una condizione, l'ordinamento giuridico ricollega, come conseguenza, una sanzione. Essa è un illecito penale, se ha come conseguenza una sanzione penale, ed un illecito civile, se ha una sanzione civile. Non è esatto l'assunto abituale che un dato genere di comportamento imano implica una sanzione giuridica perché è un illecito. Esso è un illecito perché implica una sanzione. Dal punto di vista di una teoria il cui unico oggetto è il diritto positivo, non vi è altro criterio dell'illecito, all'infuori del fatto che tale comportamento è la condizione della sanzione. Non vi è alcun illecito in sé. Nella teoria tradizionale del diritto penale si fa una distinzione fra mala in se e mala prohibita, cioè fra la condotta che è un male in sé e quella che lo è soltanto perché proibita da un ordinamento sociale positivo. Tale distinzione non può venire accolta in una teoria del diritto positivo. Essa è un elemento tipico della dottrina giusnaturalistica." Hans Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Edizione di Comunità, Roma-Ivrea, 1963, pagg. 51-52.

³⁵¹ "Se si chiama comando una legge costituzionalmente emanata dal potere legislativo, o ciò che è lo stesso, la volontà dei legislatori, questa espressione non ha quasi nulla a che fare col vero concetto di comando. La legge è valida, cioè obbligatoria, anche dopo che tutti i membri del potere legislativo che la hanno emanata sono morti, quindi il contenuto della legge non è più la volontà di nessuno, perlomeno di nessuno capace di volerla. Così la legge obbligatoria non può essere la volontà psicologica dei legislatori, anche se è necessario un atto reale di volontà per fare la legge. (...) E non vi è dubbio che in molti casi, se non in tutti, una gran parte dei membri di un parlamento che votano un determinato progetto, o non conoscono il suo contenuto, o lo conoscono molto superficialmente. Che il legislatore alzi la sua mano e dica "sì" quando si fa la votazione non significa che abbia fatto del contenuto del progetto il contenuto della sua propria volontà, così come l'uomo che comanda a un altro di comportarsi in un certo modo vuole quel comportamento." Hans Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 2000, appendice, pagg. 187-188.

³⁵² "La società, nel senso di queste scienze normative, è un ordinamento normativo (...) Ad ogni modo, questa questione può rimanere qui sospesa perché è certo che le scienze sociali normative, e specialmente la giurisprudenza, non tendono a proposizioni di tal genere. Esse si interessano non del nesso causale, ma del

La costruzione della proposizione giuridica si oppone, inoltre, alle tesi della giurisprudenza sociologica e dei realisti americani che subordinano l'elemento della giuridicità di una norma alla sola efficacia; la dottrina pura del diritto afferma che la validità della norma giuridica è, innanzitutto, di natura formale, derivando dal rispetto dei complessi meccanismi di produzione legislativa. La possibilità che il comportamento prescritto della norma avvenga o meno, o la possibilità che la sanzione giuridica venga applicata contro il suo trasgressore, influenza relativamente la validità della norma giuridica, che rimane valida anche se la conseguenza giuridica non segue sempre la sua premessa condizionante.³⁵³

Kelsen chiarisce che il contenuto di una norma giuridica afferma solo che un'azione deve essere compiuta per evitare una sanzione giuridica e non che quell'azione sarà necessariamente posta in essere dal soggetto.³⁵⁴ Ne consegue che la teoria della proposizione giuridica quale giudizio ipotetico riguarda, innanzitutto, la nozione di validità e si oppone a diverse correnti culturali che: o riducevano l'esperienza giuridica ad un complesso di imperativi, o subordinavano la validità giuridica ad una giustizia trascendente, o ponevano l'effettività di una norma come condizione della sua validità.

La teoria della proposizione giuridica quale giudizio ipotetico si collega, inoltre, direttamente alla teoria sulle norme primarie e sulle norme secondarie. La giurisprudenza analitica di Austin poneva i cittadini come i destinatari diretti degli imperativi giuridici, teorizzando un ordinamento giuridico incentrato sulla figura dello Stato-legislatore che emanava i comandi giuridici direttamente ai consociati. Kelsen rovescia questa impostazione, capovolgendo il rapporto tra norme primarie e secondarie, fornendo una risposta diversa rispetto alla giurisprudenza analitica. La norma primaria corrisponde alla proposizione giuridica nella sua forma semplice, formata dalla premessa condizionante e dalla conseguenza condizionata; la norma secondaria, invece, rappresenta la forma abbreviata del contenuto della norma primaria, ovvero il comportamento prescritto dalla norma per evitare la sanzione giuridica.

In altre parole, la norma primaria rappresenta il costrutto formale del giudizio ipotetico; la norma secondaria, invece, il contenuto espresso dalla norma primaria. In questo modo il precetto giuridico che esprime la norma primaria non appare come un mero comando

nesso imputativo che unisce gli elementi dei loro propri oggetti." Hans Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., appendice, pag. 216.

³⁵³ "Il diritto come norma valida trova la sua espressione nella proposizione che gli uomini devono comportarsi in una data maniera, in una proposizione, la quale non ci dice nulla sugli eventi effettivi. L'efficacia del diritto, intesa nell'accettazione ora notata, consiste nel fatto che gli uomini sono portati ad osservare la condotta richiesta da una norma dall'idea che essi hanno di questa norma. Designando sia la norma valida, sia l'idea della norma, che è un fatto psicologico, con lo stesso termine di "norma", si commette un equivoco che può dar luogo a gravi errori." Hans Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., pag. 40.

³⁵⁴ "Validità del diritto significa che le norme giuridiche sono vincolanti, che gli uomini devono comportarsi secondo quanto prescrivono le norme giuridiche, che essi devono obbedire ed applicare le norme giuridiche. Efficacia del diritto significa che gli uomini si comportano effettivamente come devono comportarsi, secondo le norme giuridiche, che le norme sono effettivamente applicate ed obbedite. La validità è una qualità del diritto; la cosiddetta efficacia è una qualità del comportamento effettivo degli uomini e non, come l'uso linguistico sembrerebbe suggerire, del diritto stesso." Hans Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., pag. 40.

proveniente dall'alto, ma rappresenta una conseguenza logica della proposizione giuridica primaria.³⁵⁵ Ne consegue che la prescrizione giuridica sancita dalla norma non appare quale forma primaria della legge, ma quale deduzione logica proveniente dall'interpretazione della norma primaria.

La dottrina della proposizione giuridica individua come destinatari delle norme giuridiche non direttamente i cittadini, ma gli organi dello Stato che esercitano l'attività giudiziaria e che sono chiamati ad applicare la legge: i consociati sono individuati quali destinatari indiretti. In questo modo, oltre a ridimensionarsi il rapporto verticistico tra legislatore e cittadini propugnato dalla giurisprudenza analitica, l'ordinamento giuridico appare come un sistema complesso, comprendente della separazione dei poteri e dello Stato di diritto, ben lontano dalla descrizione del positivismo giuridico tradizionale che raffigurava un rapporto diretto e immediato tra legislatore e consociati.

Altro elemento di discriminazione tra la giurisprudenza analitica e la dottrina pura del diritto è la nozione di dovere giuridico. La giurisprudenza analitica non fa alcuna distinzione tra norma giuridica e dovere giuridico, definendo il secondo termine come una diretta conseguenza del primo; inoltre, la giurisprudenza analitica non elabora un concetto di responsabilità giuridica, ma identifica l'autore del comportamento illecito sempre come destinatario della sanzione. La dottrina pura del diritto rivela la complessità di queste nozioni, affermando che il dovere giuridico di applicare la sanzione non è una conseguenza automatica della formulazione della norma primaria, ma deriva dalla presenza di un'altra norma giuridica che stabilisce una sanzione in caso di omessa applicazione della sanzione giuridica in questione.³⁵⁶

Nella dottrina pura del diritto il funzionamento dell'ordinamento giuridico assume una dimensione più complessa: l'obbligo di applicare la sanzione giuridica non è una conseguenza diretta della presenza di una norma giuridicamente valida, ma deriva dall'esistenza di un'altra norma che punisce la mancata applicazione della sanzione giuridica da parte dell'organo dello Stato. Nella giurisprudenza analitica e nei sistemi della

³⁵⁵ "La norma che determina la condotta che evita la coazione (condotta che l'ordinamento giuridico ha come scopo) ha il significato di norma giuridica soltanto quando si presuppone che con essa si debba esprimere in forma abbreviata, per comodità di esposizione, ciò che solo la proposizione giuridica enuncia in modo corretto e completo: cioè, che alla condizione della condotta contraria debba seguire un atto coattivo come conseguenza. Questa è la norma giuridica nella sua forma primaria. La norma che ordina il comportamento che evita la sanzione può valere quindi soltanto come norma giuridica secondaria." Hans Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., pag. 70.

³⁵⁶ "Secondo questa definizione del dovere giuridico, la norma giuridica che obbliga il soggetto ad astenersi dall'illecito, collegando ad esso una sanzione, non stabilisce alcun dovere giuridico di eseguire la sanzione, di applicare la norma stessa. Il giudice – o, per valerci di un'espressione più generale, l'organo che applica il diritto – può esser giuridicamente obbligato a dare esecuzione alla sanzione – nel senso in cui il soggetto è obbligato ad astenersi dall'illecito, ad << obbedire >> alla norma giuridica – soltanto se esiste una norma ulteriore, la quale collega una sanzione ulteriore alla mancata esecuzione della prima sanzione. Devono esistere pertanto due norme distinte: una la quale disponga che un organo deve eseguire una sanzione contro un soggetto, ed un'altra la quale disponga che un altro organo deve eseguire una sanzione contro il primo organo, nel caso che la prima sanzione non sia eseguita. (...) La seconda norma fa dell'esecuzione della sanzione disposta nella prima norma il dovere giuridico dell'organo di questa. L'organo della seconda norma può a sua volta esser obbligato da una terza norma ed eseguire la sanzione disposta dalla seconda, e così via." Hans Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., pag. 60.

morale il dover essere coincide con la nozione di dovere; nella dottrina pura del diritto il dover essere esprime un nesso tra una condizione e una conseguenza, mentre il dovere giuridico di applicare la sanzione giuridica deriva non dal dover essere della prima norma, ma dall'esistenza di un'altra conseguenza giuridica espressa da una terza norma.³⁵⁷ In altre parole, la validità di una norma primaria esprime il dovere giuridico di astenersi dal comportamento individuato quale condizione della sanzione giuridica. L'obbligo, però, di applicare la sanzione giuridica deriva non dalla norma primaria, ma dall'esistenza di una terza norma che stabilisce una sanzione giuridica contro l'organo statale che non applica la sanzione; il dovere giuridico è l'altra faccia della validità della norma giuridica: è il comportamento da osservare per evitare la sanzione giuridica.³⁵⁸

La teoria pura del diritto, introducendo il concetto di responsabilità giuridica, distingue, inoltre, i casi in cui il soggetto che ha commesso l'illecito sia il diretto destinatario della sanzione dagli altri casi in cui il destinatario della sanzione sia anche un altro soggetto responsabile della condotta, come avviene nei casi di rappresentanza reale o fittizia di un soggetto giuridico.³⁵⁹

In questi pochi esempi si può notare la struttura complessa della dottrina Kelseniana e la sua specificità anche rispetto alle teorie gius-positiviste: la dottrina del Kelsen non si oppone solo alle correnti culturali del giusnaturalismo e del realismo americano, ma rivoluziona l'intero orizzonte del positivismo giuridico. Bobbio, nelle lezioni universitarie di fine anni '50, recepisce l'impostazione kelseniana e la tesi sulla proposizione giuridica diviene una base solida per la tesi sulla norma quale proposizione prescrittiva. Nella *Teoria generale del diritto* il filosofo torinese definisce la norma giuridica quale proposizione prescrittiva proprio partendo dalle analisi di Kelsen, la cui teoria non è replicata totalmente, ma accettata

³⁵⁷ "Nell'ambito della morale, il concetto di dovere coincide con quello di <<dover essere>>. Il comportamento che rappresenta il dovere morale di qualcuno è semplicemente il comportamento che egli deve osservare in conformità di una norma morale. Anche il concetto di dovere giuridico implica un <<dover essere>>. Che qualcuno sia giuridicamente obbligato a una data condotta significa che un organo <<deve>> applicargli una sanzione in caso di condotta contraria. Ma il concetto di dovere giuridico differisce da quello di dovere morale per il fatto che il dovere giuridico non è il comportamento che la norma richiede, che deve esser osservato. Il dovere giuridico è, invece, il comportamento con l'osservanza del quale si evita l'illecito, cioè l'opposto del comportamento che costituisce una condizione per la sanzione. Soltanto la sanzione deve essere applicata." Hans Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., pagg. 60-61.

³⁵⁸ "L'esistenza di un dovere giuridico non è altro che la validità di una norma giuridica, la quale faccia dipendere una sanzione dal comportamento opposto a quello che costituisce il dovere giuridico. Il dovere giuridico non è nulla di diverso dalla norma giuridica. Il dovere giuridico è semplicemente la norma giuridica nel suo rapporto con l'individuo, al cui comportamento la norma collega la sanzione. Contenuto del dovere giuridico è il comportamento opposto(contrario) al comportamento che, in quanto illecito, è la condizione della sanzione. Il dovere giuridico è il dovere di astenersi dall'illecito. È il dovere del soggetto di obbedire alla norma giuridica." Hans Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., pag. 59.

³⁵⁹ "Se (come negli ordinamenti giuridici primitivi o nel caso di illecito imputato ad una persona giuridica) la conseguenza dell'illecito è riferita ad una persona diversa da quella che lo ha commesso, ciò avviene sempre e soltanto col presupposto che, tra le due persone, sussista un rapporto qualsiasi ammesso dal legislatore, sia esso reale o fittizio. Si tratta qui della responsabilità per illeciti commessi da altri. Così la famiglia dell'assassino è responsabile per delitto commesso da lui, il principe per quello commesso dai sudditi, il popolo per le infrazioni giuridiche causate da altri organi dello stato (responsabilità collettiva). Fra il soggetto reale del fatto antiggiuridico e l'oggetto della conseguenza di questo fatto esiste sempre un'identità fisica o giuridica." Hans Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., pag. 67.

in una buona parte. La natura prescrittiva della proposizione giuridica deriva dalla consapevolezza che la norma quale giudizio ipotetico non nega il dover essere della norma, definendo, ad esempio, la norma giuridica come una proposizione scientifica.

La tesi della norma quale giudizio ipotetico non intende negare la natura prescrittiva delle norme giuridiche, ma sdoganare scientificamente l'ideologia imperativistica del positivismo giuridico tradizionale. La tesi della proposizione giuridica si fonda proprio sulla distinzione con la proposizione scientifica delle scienze naturali, fondata sul principio di causalità: entrambe le proposizioni contengono la copula del dover essere, ma questa copula che unisce la premessa condizionante e la conseguenza condizionata assume rispettivamente una funzione e un significato diverso. La copula che unisce l'illecito e la sanzione giuridica non descrive una situazione, ma prescrive, imputa, ordina che una conseguenza giuridica debba verificarsi se un determinato comportamento viene realizzato.³⁶⁰

Definire, però, la norma giuridica quale proposizione prescrittiva è per Bobbio un modo di scegliere una soluzione «moderata di imperativismo». In altre parole, con la definizione della norma giuridica quale proposizione giuridica prescrittiva, l'autore evidenzia come la critica nei confronti dell'imperativismo tradizionale fosse necessaria e dovuta, poiché la teoria di Austin era semplicistica in molti passaggi e ideologicamente orientata verso un'idea statalista del diritto. Al contempo, parlare di natura prescrittiva della norma giuridica è un modo per sottolineare che la norma giuridica possiede un contenuto di comando che rende la tesi imperativista non del tutto erronea. Bobbio, nella disputa tra imperativisti e non imperativisti, con la scelta per la natura prescrittiva delle norme giuridiche, assume una posizione conciliativa tra le due teorie differenti, escogitando una soluzione a 'metà strada', affermando che la controversia in questione riguarda la '*species*' della norma e non il suo '*genus*'.³⁶¹

³⁶⁰ "Quello che a noi preme sottolineare è che questa differenza tra rapporto causale e rapporto di imputazione reintroduce la differenza tra il descrittivo e il prescrittivo che la polemica contro l'imperativismo ha fatto credere a molti che dal Kelsen fosse stata abbandonata. Si può dire infatti che la distinzione dei due rapporti sta nel fatto che il primo non è volontario, non dipende da un'autorità che l'abbia posto, il secondo è volontario dipende da un'autorità che lo pone; e ancora che il primo rinvia ad una determinazione necessaria, il secondo ad una statuizione volontaria, e quindi ad una *prescrizione*. (...) Se il *proprium* della norma giuridica è, come abbiamo detto sinora, di appartenere alla categoria delle proposizioni prescrittive, la teoria del Kelsen, per cui la norma giuridica si risolve in un giudizio ipotetico non è una teoria contraria alla tesi della norma giuridica come prescrizione, perché il giudizio in cui si esprime la norma è pur sempre giudizio ipotetico prescrittivo e non descrittivo, cioè un giudizio che nella sua seconda parte contiene una prescrizione." Norberto Bobbio, *Teoria generale del diritto*, cit., pag. 109.

³⁶¹ "La reazione contro l'imperativismo, sino a che "per imperativismo" si intese la teoria della norma giuridica come comando, fondata (anche se non era sempre esplicitamente riconosciuto) sull'identificazione del diritto con il diritto statale, fu una giusta reazione. La reazione oltrepassò la misura, però, quando per combattere la nozione ristretta di comando o di imperativo, finì per credere o per lasciar credere che le norme giuridiche, nonché i comandi, non fossero neppure imperativi nel senso più largo del termine, né prescrizioni, ma fossero giudizi o valutazioni appartenenti ad un linguaggio diverso da quello a cui appartengono i comandi, al linguaggio della scienza e non a quello normativo. (...) In altre parole, la disputa tra imperativisti e non-imperativisti si è presentata come una disputa relativa al *genus*, mentre è stata in realtà- questa è la nostra conclusione – una disputa rispetto alle *species*, vale a dire rispetto ai vari tipi di proposizioni prescrittive che possono comporre un sistema normativo, e non ha intaccato la comunanza del genere, a cui tutti i diversi tipi

Qualche anno dopo, l'autore, nel saggio *Due variazioni sul tema dell'imperativismo*, ritorna sulla questione ed esplicita una sorta di «imperativismo moderato», sottolineando che la teoria della norma giuridica quale giudizio ipotetico non intende confutare il contenuto prescrittivo delle norme giuridiche.³⁶² Sebbene Bobbio, a questo proposito, parli di una soluzione di compromesso, bisogna rilevare che la tesi della natura prescrittiva della proposizione giuridica è, nella sostanza, un'interpretazione della tesi kelseniana: la teoria di Kelsen si oppone all'imperativismo del positivismo giuridico tradizionale, ma tutto lo studio fatto sulla struttura della norma giuridica è proteso a evidenziare il contenuto prescrittivo della norma giuridica. Il fatto stesso che Kelsen, analizzando lo 'scheletro' della norma giuridica, evidenzia il suo centro nella copula del dover essere, attesta con chiarezza la sua opinione sulla natura prescrittiva della norma giuridica. La polemica contro l'imperativismo elaborato da Austin è una critica sul metodo e sul significato semplicistico delle nozioni della giurisprudenza analitica; la dottrina pura del diritto, attraverso le minuziose analisi strutturali, vuole portare il discorso sul diritto ad un livello diverso e superiore. Bobbio, qualche anno dopo, completa definitivamente la sua posizione e nel *Il positivismo giuridico* distingue due forme di imperativismo, quello 'ingenuo' appartenente alla tradizione di Bentham e Austin, e quello 'critico' legato alla dottrina kelseniana.³⁶³

di norme appartengono, e che è il genere delle proposizioni prescrittive distinte da quelle descrittive." Norberto Bobbio, *Teoria generale del diritto*, cit., pag. 114.

³⁶² "Tirando le somme su questo primo punto, si può dire che la teoria imperativistica e quelle opposte non si escludono a vicenda per il fatto che tutte mettono capo, coscientemente o meno, alla considerazione delle norme giuridiche come proposizioni prescrittive (o attributive), distinte da quelle dichiarative. La differenza tra le tre teorie non sta, come di solito si crede, nel fatto che per le prime le norme giuridiche sono precetti e per le altre giudizi o valutazioni, ma nella diversa formulazione della proposizione contenente il precetto." Norberto Bobbio, *Studi per una teoria generale del diritto*, a cura di Tommaso Greco, Giappichelli, Torino, 2012, pagg. 29-30.

³⁶³ "L'imperativismo ingenuo (che va da Hobbes a Austin, e a cui appartiene lo stesso Thon) considera il diritto come un complesso di comandi rivolti dal sovrano ai cittadini, senza ulteriormente analizzare la struttura dell'imperativo giuridico. L'imperativismo critico (che ha uno dei maggiori esponenti in Kelsen) precisa che i caratteri dell'imperativo giuridico sotto due aspetti: a) la norma giuridica è un imperativo ipotetico; b) la norma giuridica è un imperativo che si rivolge non ai cittadini, ma ai giudici." Norberto Bobbio, *Il positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 1996, pagg. 200-201.

3. Dalla norma all'ordinamento giuridico: la nuova definizione del diritto

Una volta definita la norma giuridica come una proposizione prescrittiva, il discorso teorico sul fenomeno giuridico necessita dell'elemento specifico capace di distinguere il diritto da tutte le altre proposizioni prescrittive. La morale, la religione, il costume, contengono proposizioni prescrittive, esattamente come il diritto. Occorre, quindi, individuare l'elemento specifico che consenta di distinguere la proposizione giuridica prescrittiva dalle altre, per giungere all'obiettivo generale perseguito dai due corsi, ovvero alla definizione formale di diritto.

La ricerca dell'elemento specifico del diritto è stata già condotta in passato, ma con risultati, come rilevato, molto diversi dalle nuove conclusioni teoriche esposte dal corso sulla norma giuridica. Nella *Consuetudine come fatto normativo* del 1942, quando l'autore affronta il quesito relativo al tratto differenziale della giuridicità di una norma, ricerca la risposta, non nella forma della norma giuridica, ma nel suo contenuto: la natura prescrittiva della norma giuridica è posta in secondo piano rispetto ad altri elementi e si assiste ad un netto ridimensionamento dell'elemento della coazione, ritenuto come elemento non decisivo per la definizione di norma giuridica.³⁶⁴ La coazione è definita quale elemento secondario della norma giuridica e quindi inidoneo a fungere da elemento risolutivo nella distinzione tra le regole giuridiche e tutte le altre proposizioni prescrittive.

L'elemento specifico del diritto consisterebbe nell'essenzialità del contenuto della norma giuridica per la conservazione del gruppo sociale e non per una sua particolare forma.³⁶⁵ La natura giuridica della norma non dipenderebbe da una particolare forma distintiva rispetto alla regola del costume o della morale, ma dal contenuto stesso della norma: se quel contenuto è essenziale per la conservazione e per la coesistenza del gruppo, allora tale norma ha valore giuridico.

³⁶⁴ "A prescindere inoltre dalla facile osservazione che tutta una sfera di regole giuridiche, il diritto consuetudinario, che ora si vorrebbe contraddistinguere dal costume proprio per mezzo della nota della coattività, sorge e si compone per intrinseco vigore e per spontanea attuazione, indipendentemente da una sanzione materiale o da una soluzione di forza; e a volere infine prescindere dalla considerazione che il concetto di coazione è tutt'altro che stabile, perché è difficile fissare dove cessi la sanzione psicologica e dove cominci la sanzione fisica, cioè la vera e propria coazione; rimane pur sempre chiaro che la coazione non è una spiegazione, ma è a sua volta bisognosa di una spiegazione (...) cioè ci lascia assolutamente incerti sulla ragione, dato che una ragione deve pur esserci, per cui alcune regole e non altre siano coattive, e ci insinua quindi il sospetto che se una differenza tra regole del costume non coattive e regole giuridiche, generalmente coattive, ci possa essere, questa sia il presupposto di quella estrinseca differenza, e non la conseguenza." Norberto Bobbio, *La consuetudine come fatto normativo*, Giappichelli, Torino, 2010, pag. 74.

³⁶⁵ "Le norme giuridiche si distinguono dalle norme del costume per il *contenuto stesso*, cioè per la natura del fatto regolato. (...) È invece decisivo osservare che in ogni gruppo sociale vigono regole essenziali alla costituzione e alla conservazione del gruppo accanto a regole inessenziali. Regola essenziale ad un gruppo sociale è quella regola senza la quale il gruppo, in quel determinato stadio della sua evoluzione storica, non potrebbe attuare il fine per cui è sorto; o, più genericamente, è quella regola che pone in essere i rapporti necessari di convivenza." Norberto Bobbio, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., pag. 82.

La presenza di una coazione giuridica imputata ad un comportamento prescritto o vietato è un elemento secondario che dipende dall'essenzialità del contenuto della norma: una norma sarebbe giuridica poiché tratta un contenuto rilevante per la comunità sociale e, per questo motivo, è dotata di una sanzione giuridica che si risolve in un atto coattivo. Nel lavoro sulla consuetudine, poi, il ragionamento è portato alle sue estreme conseguenze, affermando la possibilità di elaborare un diritto naturale delle regole essenziali per l'esistenza di qualsiasi gruppo sociale, vale a dire quel complesso di regole formanti il minimo necessario per un'unica società universale.³⁶⁶

Nei corsi tenuti dall'autore tra il 1957 e il 1960 e confluiti nella *Teoria generale del diritto* si può rilevare, oltre che l'abbandono di questa tesi, un approccio metodologico nettamente differente rispetto al lavoro sulla consuetudine. La tesi dell'essenzialità del contenuto quale condizione della giuridicità della norma è il primo punto di vista che l'autore critica con un ragionamento anche abbastanza semplice, rilevando l'impossibilità scientifica di delineare regole essenziali per tutte le società, data la vastità delle differenze tra le varie culture, le varie società e i diversi costumi.³⁶⁷ La coazione, ritenuta un elemento secondario nel 1942, diviene nel corso sulla norma giuridica l'elemento dirimente e fondamentale per comprendere la specificità del diritto. Una volta scartata l'ipotesi giusnaturalistica, che subordina la giuridicità di una norma alla sua giustizia, e scartata la tesi del positivismo giuridico tradizionale, che subordina la giuridicità della norma alla sua provenienza statale, l'elemento coattivo viene rivalutato ed acquisisce un ruolo prioritario per la definizione del diritto.

Bobbio definisce la sanzione giuridica sulla base della dottrina kelseniana, ovvero come la risposta dell'ordinamento alla violazione del comportamento ritenuto illecito da una norma giuridica; tale definizione non sarebbe altro che la 'traduzione' della conseguenza condizionata imputata alla premessa condizionante, tramite la copula del dover essere. La sanzione giuridica diviene l'elemento centrale nella ricerca della specificità del diritto, nonché l'elemento elevato a parametro di riferimento per differenziare il diritto dalle altre sfere. Se nella morale e nel costume sociale la risposta alla commissione del comportamento illecito è rappresentato da una sanzione interiore (sfera morale) o arbitraria (costume), nell'ordinamento giuridico la sanzione è regolata ed istituzionalizzata. Nel 1942 l'autore, nell'intento di ridimensionare la sanzione giuridica, poneva l'esempio dell'adesione spontanea o dell'ordinamento internazionale, con lo scopo di evidenziare che la sanzione

³⁶⁶ "Tutt'al più è lecito ipotizzare l'esistenza di alcune regole essenziali ad ogni gruppo sociale, grande o piccolo che sia, statuale o non, primitivo o civile, regole insomma comuni ad ogni ordinamento; si tratta di richiamare all'attenzione su quelle regole che rimarrebbero come residuo dell'esperienza giuridica di tutti i tempi nell'ipotesi di un progressivo allargamento del gruppo sociale sino a comprendere tutta l'umanità, e che rappresenterebbero il minimo necessario di un'organizzazione a che il modo degli uomini si riunisse in un'unica società universale." Norberto Bobbio, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., pag. 87.

³⁶⁷ "In ogni società si vengono distinguendo, nel complesso delle regole di condotta, quelle senza le quali la società non potrebbe sussistere e quelle che possono modificarsi o sparire senza che quella particolare struttura sociale venga meno. Le regole a cui si attribuisce la qualifica di giuridiche sono le prime. Anche questa teoria non è esente da una obiezione piuttosto grave. Le regole considerate essenziali in una società possono essere diverse dalle regole considerate essenziali in un'altra società. Questo criterio (...) non serve allo scopo a cui dovrebbe servire una definizione della norma giuridica, cioè a riconoscere una norma come giuridica in mezzo ad altre norme." Norberto Bobbio, *Teoria generale del diritto*, cit., pag. 118.

non fosse un elemento totalizzante dell'esperienza giuridica. Bobbio, a distanza di anni, compie l'operazione inversa: per definire la sanzione giuridica istituzionalizzata come tratto distintivo della giuridicità passa in rassegna le stesse obiezioni, ma con lo scopo di criticarle e confutarle. L'adesione spontanea ora è definita quale caratteristica vitale di ogni ordinamento, mentre l'ordinamento internazionale non sarebbe altro che l'esempio di un sistema non accentrato, fondato su forme di autotutela, come la rappresaglia e la guerra: la differenza tra l'ordinamento internazionale e quello statale non sarebbe l'assenza di sanzioni, ma la regolarizzazione di esse che, nell'ordinamento internazionale, sono delegate all'autotutela degli Stati.³⁶⁸ Senza entrare nel merito di queste riflessioni, che occorrerebbero altri approfondimenti, ciò che, in questa sede, occorre rilevare è il cambiamento di prospettiva ereditato dalla dottrina kelseniana: nella *Consuetudine come fatto normativo* si parla solo di sanzione giuridica; nelle lezioni universitarie successive si fa riferimento a due nuovi aggettivi, ovvero sanzione 'esterna' e 'istituzionalizzata'.

Il primo aggettivo distingue le sanzioni giuridiche da quelle morali; le sanzioni morali non sono 'esterne,' ma agiscono nell'interiorità del soggetto, essendo rivolte alla coscienza dell'individuo. L'aggettivo 'istituzionalizzata' distingue le norme giuridiche da quelle sociali: le sanzioni sociali, pur essendo esterne, sono arbitrarie, atteso che non sono delimitate o regolamentate.

Una sanzione 'istituzionalizzata' è regolamentata, ovvero possiede una specifica organizzazione; l'organizzazione della sanzione si esplicita nella predeterminazione dei limiti quantitativi e qualitativi della risposta alla violazione. L'ordinamento giuridico possiede una sanzione 'istituzionalizzata' poiché, oltre a predeterminare i limiti della sanzione, dispone gli organi che sono autorizzati ad applicare la sanzione.³⁶⁹ La precisa predeterminazione delle sanzioni è la conseguenza di un'organizzazione sociale istituzionalizzata. La conseguenza di tale organizzazione è la produzione di un sistema giuridico con sanzioni dotate di un'efficacia rafforzata.³⁷⁰

L'espressione 'sanzione istituzionalizzata' non è scelta a caso, ma è un'espressione di significativa importanza, poiché contiene al suo interno il nucleo teorico delle lezioni universitarie tenute sulla norma e sull'ordinamento giuridico.

³⁶⁸ "Se una differenza esiste tra ordinamento internazionale e altri ordinamenti, come ad esempio l'ordinamento statale, essa non risiede nella mancanza di una sanzione regolata, ma se mai soltanto nel modo con cui è regolata. Ma si tratta allora di differenza rispetto al modo di esercizio della sanzione (...) Se noi consideriamo, ad esempio, la rappresaglia come l'esercizio di una sanzione, non c'è dubbio che si tratta di risposta alla violazione data dallo stesso stato che ha subito le conseguenze di un atto illecito di un altro stato, cioè di un atto di autotutela." Norberto Bobbio, *Teoria generale del diritto*, cit., pag. 140.

³⁶⁹ "Quando si parla di sanzione istituzionalizzata s'intendono queste tre cose, anche se non sempre si trovino insieme contemporaneamente: 1) per ogni violazione di una regola primaria, viene stabilito quale sia la sanzione relativa; 2) viene stabilita, se pure entro certi termini, la misura della sanzione; 3) vengono stabilite le persone incaricate di ottenerne l'esecuzione." Norberto Bobbio, *Teoria generale del diritto*, cit., pag. 129.

³⁷⁰ "Tutte e tre le limitazioni, insieme, hanno lo scopo comune di aumentare l'efficacia delle regole istituzionali e, in definitiva, dell'istituzione nel suo complesso. Attenendoci a questi criteri, potremo dire che carattere delle norme giuridiche è di essere norme, in confronto di quelle morali e sociali, a *efficacia rafforzata*. Tanto è vero che le norme giuridiche per eccellenza sono considerate quelle statuali, che si distinguono da tutte le altre norme regolanti la nostra vita perché hanno il massimo d'efficacia." Norberto Bobbio, *Teoria generale del diritto*, cit., pag. 130.

Il tratto distintivo del diritto non è da ricercare nella sola struttura della norma, ma nella complessità dell'intero ordinamento giuridico. La sanzione 'istituzionalizzata' attesta proprio questo significativo passaggio; tale passaggio rileva la ricezione dell'insegnamento della dottrina di Kelsen, ovvero il passaggio dal piano statico della norma a quello dinamico dell'ordinamento.³⁷¹

Kelsen considera l'ordinamento giuridico come una tecnica sociale che utilizza un metodo preciso per raggiungere i propri molteplici fini. Non sono i fini politici perseguiti dall'ordinamento a definire il diritto, poiché essi non possono essere scientificamente predeterminati; si può definire il diritto osservando la struttura e la tecnica che esso utilizza per raggiungere i propri obiettivi e questa tecnica corrisponde alla sanzione sociale organizzata. La sanzione sociale organizzata è la conseguenza giuridica disposta contro la premessa condizionante; la premessa condizionante rappresenta il comportamento illecito che l'ordinamento giuridico – attraverso la sanzione sociale organizzata – vuole disincentivare o impedire.³⁷² La tecnica sociale dell'ordinamento giuridico consiste nella disposizione di una conseguenza giuridica coattiva in risposta alla commissione del comportamento che si vuole disincentivare; tale tecnica distingue il fenomeno giuridico da tutti gli altri fenomeni sociali.³⁷³ La dottrina della proposizione giuridica descrive l'ordinamento giuridico osservando 'solo' la tecnica usata dalla storia degli ordinamenti giuridici per raggiungere i propri fini, disinteressandosi del comportamento effettivo degli uomini ed estromettendo la propaganda politica dalla teoria del diritto. Non sono le finalità di giustizia perseguite dagli ordinamenti a definire un ordinamento come giuridico, poiché la giustizia è «scientificamente inconoscibile»: è la tecnica sociale della coercizione il tratto distintivo del fenomeno giuridico.

Ciò non vuol dire che ogni obiettivo dell'ordinamento giuridico deve essere perseguito con la forza: l'obbedienza volontaria non confuta la natura coercitiva degli ordinamenti

³⁷¹ "Che i due corsi siano d'ispirazione Kelseniana non ho fatto mistero, e appare evidente a qualsiasi lettore un po' informato sullo stato della disciplina: Kelseniana è, tanto per cominciare, la distinzione fra teoria della norma (singola) e teoria dell'ordinamento (insieme strutturato di norme), anche se la tesi centrale e unificante di entrambi i corsi, secondo cui la definizione del diritto, tema centrale della teoria generale del diritto, non viene cercata, come avveniva tradizionalmente, nei caratteri distintivi della norma, ma in quelli dell'ordinamento, risente piuttosto della dottrina italiana dell'istituzione, che gode tuttora di una rinnovata fortuna." Norberto Bobbio, *Teoria generale del diritto*, cit., prefazione pag. 9.

³⁷² "La sanzione organizzata socialmente è un atto di coercizione che un individuo determinato dall'ordinamento sociale rivolge, in una maniera determinata dall'ordinamento sociale, contro l'individuo responsabile di una condotta contraria a quell'ordinamento. Questa condotta è ciò che chiamiamo illecito. Tanto l'illecito che la sanzione sono determinati dall'ordinamento giuridico. La sanzione è la reazione dell'ordinamento giuridico all'illecito, o – ciò che è lo stesso – la reazione della comunità costituita dall'ordinamento giuridico al malfattore al colpevole." Hans Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., pag. 20.

³⁷³ "Se il diritto, considerato del tutto positivisticamente, non è altro che un ordinamento coattivo esterno, esso sarà allora concepito soltanto come una specifica tecnica sociale: si raggiungerà o si cercherà così di raggiungere lo stato sociale desiderato collegandolo al comportamento umano, che rappresenta l'opposto contraddittorio di questo stato sociale, un atto coattivo come conseguenza, cioè la privazione coattiva di un bene: vita, libertà, beni economici. (...) Con la rappresentazione di questo male minacciato nel caso di un determinato comportamento, l'ordinamento giuridico ha pertanto il fine di indurre gli uomini a seguire un comportamento contrario." Hans Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., pagg. 68-69.

giuridici; la sanzione coercitiva è un'«extrema ratio» che può accadere in una situazione di resistenza all'applicazione della sanzione.³⁷⁴

La giuridicità dell'ordinamento non corrisponde alla sua efficacia; l'esperienza giuridica si rivolge nella particolare tecnica che l'ordinamento utilizza: una norma è giuridica perché dispone nel suo contenuto una sanzione.³⁷⁵ La tesi sulla centralità della sanzione sociale organizzata deriva da uno studio approfondito della storia dei diversi sistemi giuridici. Kelsen sostiene che, sebbene ogni ordinamento persegua i fini più svariati ed eterogenei, ogni ordinamento giuridico presenta la stessa tecnica sociale, vale a dire ottenere la condotta sociale desiderata tramite la minaccia di una sanzione coattiva.³⁷⁶ La dottrina pura del diritto non prescrive come l'ordinamento giuridico debba essere, ma, nell'intento di descrivere scientificamente il diritto, rileva che ogni ordinamento è giuridico poiché si serve della speciale tecnica della coercizione per ottenere un determinato risultato: se dovesse mai esistere un ordinamento che si serve di una tecnica diversa, tale ordinamento avrebbe delle caratteristiche mai sperimentate nella storia.³⁷⁷

Bobbio, quando parla di sanzione giuridica esterna ed istituzionalizzata, dimostra di recepire l'esito di questi studi: nel 1942 l'analisi verteva solo sulla struttura della norma giuridica, nelle nuove lezioni universitarie il piano di osservazione è la struttura dell'intero ordinamento giuridico.³⁷⁸

³⁷⁴ "Ciò non significa che nell'esecuzione della sanzione debba applicarsi la forza fisica. Questa è necessaria solo se s'incontra resistenza nell'applicazione della sanzione. Ciò accade solo eccezionalmente, qualora l'autorità che applica la sanzione possenga un potere adeguato. Un ordinamento sociale che cerca di ottenere da parte degli individui il comportamento desiderato mediante l'emanazione di tali misure di coercizione, viene definito un ordinamento coercitivo. Esso è tale perché minaccia gli atti socialmente nocivi di misure di coercizione, perché decreta tali misure di coercizione." Hans Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., pag. 18.

³⁷⁵ Una regola è una regola giuridica non perché la sua efficacia è assicurata da un'altra regola che dispone una sanzione; una regola è giuridica perché dispone una sanzione. Il problema della coercizione (costrizione, sanzione) non è il problema di assicurare l'efficacia di regole, ma il problema del contenuto delle regole. Il fatto che sia impossibile assicurare l'efficacia di tutte le regole di un ordinamento giuridico mediante regole che dispongano delle sanzioni, non esclude affatto la possibilità di considerare come regole giuridiche soltanto le regole che dispongono delle sanzioni." Hans Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., pagg. 28-29.

³⁷⁶ "Che cosa può avere in comune l'ordinamento sociale di una tribù negra sotto il comando di un capo dispotico – un ordinamento chiamato parimenti diritto – con la costituzione della Repubblica svizzera? Eppure, vi è un elemento comune che giustifica pienamente questa terminologia e permette alla parola diritto di apparire come l'espressione di un concetto dotato di un significato di alta importanza sociale. La parola si riferisce infatti a quella tecnica sociale specifica di un ordinamento coercitivo che, nonostante le grandi differenze esistenti fra il diritto dell'antica Babilonia e quello degli Stati Uniti di oggi, fra il diritto degli Ashanti nell'Africa occidentale e quello degli Svizzeri in Europa, è pure essenzialmente la stessa per tutti questi popoli, tanto diversi di epoca, di luogo e di cultura; è la tecnica sociale che consiste nell'ottenere la desiderata condotta sociale degli uomini mediante la minaccia di una misura di coercizione da applicarsi in caso di condotta contraria." Hans Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., pag. 19.

³⁷⁷ "Non so neppure se sia possibile all'umanità di emanciparsi totalmente da questa tecnica sociale. Ma se l'ordinamento sociale non dovesse più avere nel futuro il carattere di ordinamento coercitivo, se la società dovesse esistere senza <<diritto>>, allora la differenza fra queste società del futuro e quella presente sarebbe incommensurabilmente più grande della differenza fra gli Stati Uniti e l'Antica Babilonia, o fra la Svizzera e la tribù degli Ashanti." Hans Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., pag. 19.

³⁷⁸ "Definire il diritto attraverso la nozione di sanzione organizzata significa cercare il carattere distintivo del diritto non in un elemento della norma ma in un complesso organico di norme. In altri termini si potrebbe dire

Una norma è giuridica se appartiene all'ordinamento giuridico; la definizione di diritto si ricerca, non più nella forma della norma, ma nelle caratteristiche dell'intero sistema giuridico.

4. *La complessità e l'unità dell'ordinamento giuridico*

La nozione di 'sanzione istituzionalizzata' introduce il corso sull'ordinamento giuridico, concentrando l'intera trattazione su due elementi chiave: la sua complessità e la sua unità. L'ordinamento giuridico è definito quale complesso di norme: lo studio empirico della storia degli ordinamenti giuridici rivela l'esistenza di ordinamenti formati da numerose norme; non vi sono esempi di ordinamenti giuridici formati da una sola norma.³⁷⁹ Esistono, invece, due tipi di ordinamenti: uno semplice ed uno complesso; un ordinamento è semplice se contiene norme di sola condotta, un ordinamento è complesso se, affianco alle norme di condotta, contiene norme di competenza. Le norme di condotta sono le norme contenenti meri obblighi o divieti; le norme di competenza o di struttura prescrivono le condizioni e i procedimenti legali necessari per la produzione delle norme del primo tipo.

Un ordinamento giuridico è descritto come una struttura complessa e, in un certo senso, esso è giuridico proprio perché complesso. L'analisi dell'ordinamento giuridico effettuata da Bobbio è costruita sulla dottrina di Kelsen, integrata dalle riflessioni provenienti, oltre che dalla dottrina di Santi Romano, anche dalla dottrina di Hart. La distinzione tra norme di condotta e norme di competenza deriva proprio dalla teoria delle norme primarie e secondarie di Hart. Nella teoria di Hart le norme di condotta costituiscono le norme primarie; le norme di competenza, ovvero le norme che prescrivono le modalità di produzione delle norme primarie, costituiscono le norme secondarie.

che la ricerca da noi compiuta nella teoria della norma giuridica è una riprova del cammino obbligato che il teorico generale del diritto compie dalla parte al tutto, cioè del fatto che, pur partendo dalla norma, si arriva, se si vuole intendere il fenomeno del diritto, all'ordinamento. (...) Con questo rinvio si dimostra che la difficoltà di trovare una risposta alla domanda: "Che cosa s'intende per norma giuridica?" si risolve spostando il piano della ricerca, cioè, ponendo una domanda: "Che cosa si intende per ordinamento giuridico?" Se, come sembra, solo a questa seconda domanda si riesce a dare una risposta sensata, ciò vuol dire che il problema della definizione del diritto trova la sua sede appropriata nella teoria dell'ordinamento e non nella teoria della norma. (...) In altri termini: non vi sono ordinamenti giuridici perché esistono norme giuridiche distinte da norme non giuridiche; ma esistono norme giuridiche perché esistono ordinamenti giuridici distinti da ordinamenti non giuridici. Il termine diritto, nella più comune accezione di diritto oggettivo, indica un tipo di sistema normativo, non un tipo di norma." Norberto Bobbio, *Teoria generale del diritto*, cit., pagg. 166-167-168-169.

³⁷⁹ "In questo senso si può dire che anche l'ordinamento più semplice, quello che consiste in una sola prescrizione di un'azione particolare, è composto almeno di due norme. Sarà bene aggiungere poi che un ordinamento giuridico non è mai un ordinamento così semplice (...) L'ipotesi di un ordinamento a una o due norme, fatta nel capitolo precedente, è puramente accademica. Nella realtà gli ordinamenti sono composti da una miriade di norme, che, come le stelle in cielo, nessuno è mai riuscito a contare." Norberto Bobbio, *Teoria generale del diritto*, cit., pagg. 170-173.

Nella teoria di Hart le norme secondarie acquisiscono una significativa rilevanza, poiché la loro creazione disvela il carattere positivizzato dell'ordinamento giuridico. Nella teoria di Hart vi è una distinzione tra gli ordinamenti pre-giuridici, sprovvisti di norme secondarie, e gli ordinamenti giuridici che sono considerati giuridici proprio per la creazione delle norme di competenza.

Gli ordinamenti pre-giuridici, in sostanza, corrispondono a quegli ordinamenti antichi basati sulla trasmissione consuetudinaria delle norme, che venivano trasmesse da un gruppo ad un altro, occultando la positivizzazione delle norme stesse. Con l'introduzione delle norme secondarie, ovvero delle norme che regolano la produzione delle norme primarie, viene disvelato il carattere istituito delle norme giuridiche. Le norme primarie stabiliscono obblighi e divieti, le norme secondarie conferiscono poteri: senza le norme secondarie non vi è istituzionalizzazione del diritto. Bobbio eredita gli studi di Hart sulle norme secondarie e, qualche anno più tardi, giungerà alla medesima conclusione: le norme secondarie rappresentano un tratto fondamentale dell'istituzionalizzazione e della giuridicità dell'ordinamento giuridico.³⁸⁰

Bobbio spiega che le norme secondarie - intese quali norme sulla produzione delle norme primarie - rappresentano un elemento fondamentale di ogni teoria gius-positivista; esse, rivelando il carattere istituito dell'ordinamento giuridico, permettono il controllo sulla produzione delle norme giuridiche e la loro modificabilità.³⁸¹

Le norme secondarie rappresentano un tratto caratteristico della giuridicità di un ordinamento e tratto distintivo di un sistema giuridico complesso. La complessità dell'ordinamento giuridico, costruita sulla dottrina di Hart, viene integrata con la coerenza e con l'unità della costruzione a gradi dell'ordinamento giuridico, proveniente dalla dottrina kelseniana.

L'unità e la coerenza dell'ordinamento giuridico sono direttamente collegate con la distinzione tra ordinamenti statici ed ordinamenti dinamici. Un ordinamento statico è quel tipo di ordinamento le cui norme sono ritenute valide se si conformano al contenuto della norma fondamentale: le norme possono essere dedotte attraverso una semplice operazione

³⁸⁰ "Un sistema normativo destinato a render possibile la convivenza organizzata di un gruppo sociale stabile è generalmente caratterizzato dalla presenza di entrambi i tipi di norme di secondo grado. Poiché siamo soliti identificare l'ordinamento giuridico, il diritto in quanto sistema normativo, con i sistemi normativi che hanno regole di secondo grado sia per la conservazione sia per la trasformazione, l'ordinamento giuridico può essere considerato come un esempio tipico di sistema normativo complesso. (...) Anche se l'ordinamento giuridico non è il solo sistema normativo complesso, è certo che esso è un tipico sistema normativo complesso." Norberto Bobbio, *Studi per una teoria generale del diritto*, a cura di Tommaso Greco, Giappichelli, Torino, 2012, pagg. 164-165.

³⁸¹ "Con l'introduzione delle norme di secondo grado, e dell'uno e dell'altro tipo, o di uno soltanto, avviene il passaggio da un sistema normativo semplice a un sistema normativo non semplice (e per cominciare, semi-complesso). Usando la nozione di controllo, propria del linguaggio sociologico, si possono definire sistemi normativi non semplici quei sistemi in cui le norme per il controllo dei comportamenti sono integrate da norme che controllano le stesse norme per il controllo. Questo controllo di secondo grado, in quanto tende ad impedire, da un lato l'inefficienza, dall'altro l'irrigidimento delle norme di primo grado, adempie a due funzioni essenziali per la sopravvivenza del sistema. (...) La funzione delle norme sulla produzione normativa è quella di predisporre i meccanismi per la modificazione cosciente e tempestiva delle norme di primo grado: esse provvedono alla trasformazione del sistema." Norberto Bobbio, *Studi per una teoria generale del diritto*, cit., pagg. 163-164.

intellettuale, poiché esse scaturiscono dalla conformità del loro contenuto alla norma fondamentale del sistema. La norma fondamentale di un ordinamento statico, come avviene nella morale, ha una forza vincolante autoevidente e prescrive generalmente un determinato comportamento: tutte le altre norme sono dipendenti dal contenuto della norma fondamentale, potendo dedursi implicitamente da essa, non potendo avere un contenuto difforme, pena la loro invalidità. In altre parole, un ordinamento statico è un ordinamento in cui il contenuto delle norme è strettamente dipendente dal contenuto della sua norma fondamentale.³⁸²

Un ordinamento dinamico è, al contrario, un ordinamento nel quale le norme possono avere qualsiasi contenuto, poiché la loro validità non dipende dalla conformità al contenuto della norma fondamentale, ma dalla conformità ai meccanismi di produzione normativi stabiliti dall'intero ordinamento giuridico. La norma fondamentale di un ordinamento dinamico non prescrive un determinato contenuto dal quale possono ricavarsi implicitamente tutte le altre norme del sistema: la norma fondamentale di un ordinamento dinamico costituisce la regola presupposta secondo la quale devono essere create le norme dell'ordinamento.³⁸³ L'ordinamento giuridico, diversamente dalla morale, è un ordinamento dinamico: le norme giuridiche non possono dedursi implicitamente dal contenuto della norma fondamentale, poiché essa è una norma presupposta; la validità giuridica delle norme dipende, volta per volta, dai meccanismi di natura logico-procedimentale del sistema giuridico in questione. Un ordinamento giuridico, in quanto dinamico, è inevitabilmente complesso e le norme giuridiche, pur potendo possedere qualsiasi contenuto, sono valide se sono prodotte rispettando la teoria a gradi dell'ordinamento giuridico che ha il suo vertice nella norma fondamentale. La teoria a gradi dell'ordinamento giuridico spiega che la validità di qualunque atto giuridico dipende dal rispetto delle regole di produzione previste da una norma di grado superiore, garantite in ultima istanza dalla norma fondamentale. La norma fondamentale non coincide con la costituzione: essa non è una norma positiva, ma è una regola presupposta dalla quale deriva la validità della prima costituzione storica di un ordinamento giuridico.³⁸⁴

³⁸² "In un ordinamento del primo tipo le norme sono <<valide>>, cioè noi assumiamo che gli individui, la cui condotta è regolata dalle norme, <<devono>> comportarsi come prescrivono le norme, in virtù del loro contenuto. Il loro contenuto ha una qualità d'immediata evidenza che ne garantisce la validità, o, in altri termini, le norme sono valide a causa di un richiamo loro inerente. (...) È essenziale soltanto che le diverse norme di qualsiasi sistema del genere siano implicite nella norma fondamentale, come il particolare è implicito nel generale, e che, pertanto, tutte le norme particolari di simile sistema siano ricavabili mediante una operazione intellettuale, cioè dalla inferenza del particolare dal generale. Un sistema del genere è un sistema di natura statica." Hans Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., pag. 113.

³⁸³ "Le norme giuridiche non sono valide perché esse medesime o la norma fondamentale hanno un contenuto la cui forza vincolante è evidente di per sé. Esse non sono valide per via del richiamo loro inerente. Le norme giuridiche possono avere un contenuto di qualsiasi genere. Non vi è alcun genere di comportamento umano che, per via della sua natura, non possa esser trasformato in un dovere giuridico corrispondente ad un diritto soggettivo. (...) La norma fondamentale di un ordinamento giuridico positivo non è altro che la regola fondamentale, secondo la quale devono venire create le diverse norme di quell'ordinamento. Essa qualifica un dato evento come l'evento iniziale nella creazione delle diverse norme giuridiche." Hans Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., pagg. 114-115.

³⁸⁴ "Se domandiamo perché la costituzione è valida, risaliamo forse ad un'altra costituzione più antica. Da ultimo arriviamo a costituzione che è storicamente la prima che venne dettata da un singolo usurpatore o da

Bobbio costruisce la sua tesi nella *Teoria generale del diritto* unendo gli studi di Hart e gli studi Kelsen, evidenziando la funzione delle norme secondarie e la struttura logica della costruzione a gradi dell'ordinamento giuridico. Bobbio, però, non si limita a unire le due teorie, ma le interpreta, affiancando a questi studi, la nozione di potere. Questa interpretazione rappresenta solo un "accenno" del contributo che la nozione di potere porterà alle riflessioni sull'ordinamento giuridico.

Nella *Teoria generale del diritto*, Bobbio interpreta la piramide gerarchica dell'ordinamento giuridico come una concatenazione alternata di poteri e doveri: l'ordinamento giuridico è una scala gerarchica di produzione ed esecuzione giuridica; ogni atto giuridico è valido se è prodotto da un potere autorizzato da una norma di carattere superiore. Il vertice della scala gerarchica è costituito dalla norma fondamentale che è una regola non prodotta da nessun potere; è una regola presupposta capace di attribuire all'intero ordinamento giuridico unità e coerenza.³⁸⁵ Bobbio non associa la norma fondamentale alla costituzione: dalla costituzione si continua a salire fino ad arrivare al potere ultimo che riceve dalla norma fondamentale, intesa come presupposto logico, la facoltà di produrre norme giuridiche.³⁸⁶

Negli anni giovanili, il diritto proveniva dal 'mero fatto' o era subordinato ad una concezione ideale di persona. Ora il fenomeno giuridico è descritto nella sua struttura, nella sua forma, partendo dall'elemento normativo: l'autore non ricerca più il tratto caratteristico del fenomeno giuridico nell'essenza dei suoi contenuti, ma nella struttura dell'intero ordinamento. Dall'analisi di Bobbio non emerge alcuna valutazione politica sul fenomeno giuridico né alcuna rivelazione sul significato della giustizia: il diritto è descritto quale complesso di proposizioni giuridiche prescrittive che dispongono una sanzione giuridica, la cui efficacia è rafforzata dall'utilizzo di strumenti coercitivi. Il diritto appare come una struttura complessa e logica e in questo approccio si può rilevare l'idea di scienza «*super partes*» che "espelle" i conflitti politici al di fuori della teoria del diritto.

una qualche assemblea. La validità di questa prima costituzione è il presupposto ultimo, il postulato finale, dal quale dipende la validità di tutte le norme del nostro ordinamento giuridico. Si postula, cioè, che ci si debba comportare così come hanno ordinato l'individuo e gli individui che hanno dettato la prima costituzione. Questa è la norma fondamentale dell'ordinamento giuridico in considerazione. Il documento che comprende la prima costituzione è una costituzione reale, una norma vincolante, a condizione però che alla norma fondamentale sia presupposta come valida. (...) Si presuppone che la prima costituzione sia una norma giuridica vincolante, e la formulazione di questo presupposto è la norma fondamentale di quell'ordinamento giuridico." Hans Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., pagg. 116-117.

³⁸⁵ "Tutte le fasi di un ordinamento giuridico sono insieme esecutive e produttive, ad eccezione di quella al grado più alto e quella al grado più basso. Il grado più basso è costituito dagli atti esecutivi: questi atti sono soltanto esecutivi e non produttivi. Il grado più alto è costituito dalla norma fondamentale: questa è soltanto produttiva e non esecutiva. (...) Se guardiamo dall'alto in basso la piramide, vediamo una serie di processi di produzione giuridica; se la guardiamo dal basso in alto, vediamo, al contrario, una serie di processi di esecuzione giuridica." Norberto Bobbio, *Teoria generale del diritto*, cit., pag. 184.

³⁸⁶ "Il potere costituente è il potere ultimo o, se vogliamo, supremo, originario, in un ordinamento giuridico. Ma, se abbiamo visto che una norma giuridica presuppone un potere giuridico, abbiamo anche visto che ogni potere normativo presuppone a sua volta una norma che lo autorizzi a produrre norme giuridiche. Dato il potere costituente come potere ultimo, dobbiamo presupporre dunque una norma, la quale attribuisca al potere costituente la facoltà di produrre norme giuridiche: questa è la norma fondamentale." Norberto Bobbio, *Teoria generale del diritto*, cit., pag. 190.

L'ordinamento giuridico descritto da Bobbio risente delle influenze di Santi Romano, Hart e Kelsen: è complesso perché si compone di norme primarie e secondarie nella terminologia usata da Hart; trova la sua unità nella norma fondamentale nei modi e nelle forme descritte dalla dottrina kelseniana.

5. *L'analisi critica del rapporto tra diritto e forza nella teoria generale del diritto di Norberto Bobbio*

La teoria del diritto di Bobbio, recependo i principali elementi della dottrina kelseniana, elabora una tesi sulla definizione del diritto avulsa da ogni principio politico ispiratore. La descrizione scientifica dell'ordinamento giuridico non elabora un modello ideale di stato o dei principi guida di giustizia, ma "fa luce" sullo scheletro del fenomeno giuridico. Gli elementi centrali descritti nella *Teoria generale del diritto* sono prevalentemente formali, quali la sanzione giuridica, l'elemento coattivo, la struttura a gradi dell'ordinamento giuridico, la complessità e l'unità dell'ordinamento giuridico.

Ogni teoria gius-positivistica deve, però, "fare i conti" con il problema del fondamento del diritto e della legittimazione dell'ordinamento giuridico. La teoria sulla struttura dell'ordinamento "volutamente" si ferma al piano scientifico, decidendo di non superare i limiti che la conoscenza non può scientificamente sciogliere. Uno dei temi centrali di ogni teoria gius-positivistica è il rapporto tra il diritto e la forza; questo tema scaturisce dalla centralità attribuita all'elemento coattivo nell'analisi e nella definizione del fenomeno giuridico. Le teorie di Kelsen e di Bobbio, ad esempio, sono state più volte interpretate come teorie riduzionistiche: esse, espellendo ogni elemento valoriale dalla propria teoria, e, definendo l'elemento coattivo come elemento essenziale del diritto, sono state più volte accusate di ridurre il diritto alla 'mera forza.'

Capograssi, ad esempio, nel noto saggio *Impressioni su Kelsen tradotto*, definiva, senza mezzi termini, la dottrina di Kelsen come una dottrina ideologica, ovvero la dottrina del 'diritto naturale della forza'.³⁸⁷ L'espressione usata dal Capograssi verso la dottrina kelseniana era sicuramente "provocatoria", ma finalizzata a criticare la centralità attribuita all'elemento formalistico a scapito di ogni contenuto valoriale.

³⁸⁷ "L'injuria è injuria fino a che la forza non riesca a sopraffare la forza che regge l'ordinamento vigente, fino a che non riesca ad avere per sé il potere politico, fino a che non riesca a farsi fonte di efficacia e quindi di validità del suo ordinamento (proposizioni che sono sinonime, sono modi diversi di esprimere la stessa cosa), ma una volta che ha vinto l'injuria diventa ius. (...) il vero finale ius è proprio la forza, la quale cambiando sede fa diventare il ius injuria e la injuria ius, dinanzi alla quale, cioè, queste parole, che gli uomini hanno inventato e usano ogni giorno, non hanno più significato. C'è dunque dietro tutto questo positivismo, un diritto naturale che regge tutti questi ordinamenti positivi, ed è il diritto naturale della forza." G. Capograssi, *Impressioni su Kelsen tradotto*, Rivista trimestrale di diritto pubblico, 1952, pagg. 784.

Non va troppo lontano dalla critica di Capograssi quanto affermato da Matteucci quando definisce la teoria di Bobbio come schiacciata sulla forza accentratrice dello Stato.³⁸⁸

Sia Capograssi che Matteucci muovono la propria critica analizzando un particolare punto della teoria di Kelsen, ovvero l'efficacia quale condizione di validità dell'ordinamento giuridico. Kelsen, infatti, una volta spiegata la validità di un atto giuridico sulla base della costruzione a gradi dell'ordinamento giuridico, afferma che la norma fondamentale conferisce autorità legale all'ordinamento solo se esso è 'in larga misura' efficace. In altre parole, anche se una norma è valida indipendentemente dalla sua efficacia, l'intero ordinamento giuridico ha autorità legale solo se una buona parte degli atti che esso produce si rivela efficace.

L'ordinamento giuridico nel suo complesso acquisisce autorità legale solo se una buona parte delle norme che esso produce trova un riscontro nella realtà.³⁸⁹ Una norma o un atto giuridico sono efficaci quando il contenuto che essi prescrivono si realizza nella realtà empirica o attraverso un'adesione spontanea dei consociati, o attraverso l'applicazione e l'esecuzione di misure coercitive da parte degli organi dello Stato. Non è necessario che tutte le norme o tutti gli atti giuridici siano efficaci: l'ordinamento giuridico è valido solo se la maggior parte delle norme che esso produce ha un riscontro effettivo nella realtà.³⁹⁰ Questa regola è espressione del principio di effettività del diritto internazionale: uno Stato è riconosciuto quale soggetto della comunità internazionale se il suo ordinamento giuridico produce norme giuridiche che, nel loro complesso, sono efficaci.³⁹¹ La tesi dell'efficacia, come condizione di validità dell'ordinamento giuridico, rappresenta la trasposizione della norma fondamentale nel complesso quadro dell'ordinamento internazionale e fa riferimento alla questione della tesi kelseniana sul primato del diritto internazionale su

³⁸⁸ "Il Bobbio, invece, come si è visto, ripiega dalla sanzione, tipica di tutti i comandi, a quella istituzionalizzata, dalla coercibilità semplice a efficacia rafforzata; e tutto il suo discorso e le concrete esemplificazioni si muovono sui vecchi binari del positivismo, o almeno di quel positivismo che vede nello Stato la più originaria o la più efficace fonte di produzione normativa." Nicola Matteucci Norberto Bobbio, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, introduzione di Tommaso Greco, Scholè, Brescia, 2021, pag. 83.

³⁸⁹ "Pertanto, il contenuto di una norma fondamentale è determinato da quei fatti mediante i quali un ordinamento viene creato ed applicato, ed ai quali si conforma, in complesso, il comportamento degli individui regolato da tale ordinamento. La norma fondamentale di qualsiasi ordinamento positivo conferisce autorità legale solo a fatti mediante i quali sia creato un ordinamento, in complesso, efficace." Hans Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., pag. 122.

³⁹⁰ "Non si richiede che l'effettivo comportamento degli individui si informi assolutamente a tale ordinamento. (...) Un ordinamento siffatto sarebbe altrettanto privo di significato quando quello al quale il comportamento umano non si conformasse in alcun modo, anzi, contraddicesse sempre e sotto ogni riguardo. Pertanto, un ordinamento normativo perde la sua validità allorché non gli corrisponde più la realtà, per lo meno in una certa misura. La validità di un ordinamento giuridico dipende quindi dal suo accordo con la realtà, dalla sua << efficacia >>." Hans Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., pag. 122.

³⁹¹ "Il principio che un ordinamento giuridico debba esser efficace per essere valido è, in sé stesso, una norma positiva. È questo il principio di effettività, proprio del diritto internazionale. Secondo questo principio del diritto internazionale, un 'autorità di fatto costituita è il governo legittimo, l'ordinamento coercitivo posto in essere da tale governo è l'ordinamento giuridico, e la comunità costituita da tale ordinamento è uno Stato nel senso del diritto internazionale, in quanto questo ordinamento è, nel suo complesso, efficace." Hans Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., pag. 123.

quello statale.³⁹² Ciò che occorre rilevare in questa sede è come la tesi del principio di effettività vada a collegarsi alla questione complessa del rapporto tra diritto e forza e, più avanti, tra diritto e potere.

Nella *Teoria generale del diritto* la tesi kelseniana viene integralmente ripresa e viene discussa la sua ricaduta nel particolare rapporto tra il diritto e la forza.³⁹³ Questo rapporto è sempre stato un tema centrale dei lavori del filosofo torinese; l'autore, nella *Consuetudine come fatto normativo*, esprimeva una tesi, in parte, riduzionistica, affermando che la validità del diritto riposa sulla forza della tradizione o sulla forza dell'autorità dominante: negare il peso della forza nelle trattazioni di diritto voleva dire peccare di ideologismo.³⁹⁴

Nella *Teoria generale del diritto* viene ridiscusso il rapporto complesso tra diritto e forza, partendo dalle critiche verso la tesi kelseniana, accusata di fondare la validità di un ordinamento giuridico esclusivamente sull'utilizzo della forza coercitiva.³⁹⁵ Bobbio difende la teoria kelseniana, evidenziando che la forza è trattata non come elemento ideologico, ma come elemento descrittivo dell'esperienza giuridica: il riferimento al potere originario disvela il carattere istituito del diritto, in quanto prodotto da organi di potere; tali organi utilizzano la forza coercitiva quando le norme non vengono applicate o rispettate.

La forza coercitiva è uno strumento necessario, non esclusivo, per la realizzazione del diritto e giustifica la definizione del diritto quale complesso di norme a efficacia rafforzata.³⁹⁶

³⁹² "Pertanto, le norme fondamentali dei vari ordinamenti giuridici statali sono esse stesse basate su una norma generale dell'ordinamento giuridico internazionale. (...) Se si sostiene il primato del diritto internazionale sul diritto statale, il problema della norma fondamentale si sposta dall'ordinamento giuridico statale a quello internazionale. L'unica vera norma fondamentale, quella norma, cioè, che non è creata mediante un procedimento giuridico, ma è presupposta dal pensiero giuridico, è quindi la norma fondamentale del diritto internazionale." Hans Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit. pag. 123.

³⁹³ "La difficoltà viene risolta, anche in questo caso, spostando la visuale dalla singola norma all'ordinamento considerato nel suo complesso, ed affermando che l'efficacia è un carattere costitutivo del diritto, so se con l'espressione << diritto >> intendiamo riferirci non alla singola norma ma all'ordinamento. Il problema della validità e dell'efficacia che dà luogo a difficoltà insormontabili sino a che si considera una norma del sistema (la quale può essere valida senza essere efficace), si appiana se ci riferiamo all'ordinamento giuridico, nel quale l'efficacia è il fondamento stesso della validità." Norberto Bobbio, *Teoria generale del diritto*, cit., pag. 168.

³⁹⁴ "Peccare di ideologismo vuol dire sottrarsi, magari per nobilissimi scopi morali, alla dura lezione che ci viene dai fatti, la quale nella nostra materia, ci insegna che il fondamento della validità del diritto è l'autorità sociale, sia o non sia conforme a giustizia, sia o non sia conforme al convincimento della coscienza dominante, e ci invita quindi a non giustificare idealmente il diritto, ma ad osservare realisticamente il modo di formazione dell'autorità da cui deriva la forza obbligatoria della norma giuridica, sia essa formata attraverso al processo della tradizione o a quello della volontà, insomma ad esaminare e a porre all'origine del diritto una teoria dei fatti normativi. Il diritto riposa sul fatto? È d'uopo ripetere che la cosa può dispiacere al moralista che vigila in ognuno di noi, ma non è per questo meno vera;" Norberto Bobbio, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., pag. 70.

³⁹⁵ "La norma fondamentale così come l'abbiamo qui presupposta stabilisce che bisogna ubbidire al potere originario (che è lo stesso potere costituente). Ma che cosa è il potere originario? È l'insieme delle forze politiche che in un determinato momento storico hanno preso il sopravvento e hanno instaurato un nuovo ordinamento giuridico. Si obietta allora che far dipendere tutto il sistema normativo dal potere originario, significa ridurre il diritto alla forza." Norberto Bobbio, *Teoria generale del diritto*, cit., pag. 195.

³⁹⁶ "Se il diritto è un insieme di regole a efficacia rafforzata, ciò significa che un ordinamento giuridico è impensabile senza l'esercizio della forza, cioè senza un potere. Porre come fondamento ultimo di un ordine giuridico positivo il potere non vuol dire ridurre il diritto alla forza, ma semplicemente riconoscere che la forza

La tesi sull'efficacia del diritto e il riferimento al potere originario non hanno il compito di appiattire l'esperienza giuridica sugli strumenti coercitivi, ma sono in linea con lo scopo conoscitivo e scientifico della dottrina kelseniana. L'efficacia è un elemento che influisce sull'esistenza del diritto, ma non finisce per assorbire l'intera esperienza giuridica: l'efficacia del diritto non coincide solo con l'utilizzo della forza coercitiva, ma si fonda anche su altri elementi, ritenuti vitali per un ordinamento giuridico, come l'adesione spontanea e il consenso.³⁹⁷ La centralità attribuita al principio di effettività ha il compito, al contrario, di sconfessare la critica formalistica contro la teoria del Kelsen e finisce per rivelare il contatto stretto tra la dottrina kelseniana e la realtà sociale.

Il principio di effettività attesta l'influenza della realtà sul diritto; occorre non una conformità piena della realtà al diritto, ma un 'certo grado di riscontro', un certo grado di efficacia, affinché l'ordinamento giuridico riceva, grazie alla norma fondamentale, forza legale. Ciò non significa ridurre la dottrina kelseniana ad una tesi realista: Kelsen non descrive il diritto con proposizioni descrittive sull'essere, ma con proposizioni prescrittive fondate sul dover essere. Il diritto non è la realtà: diritto e realtà, essere e dover essere, rimangono due piani differenti, ma vi è tra questi due piani una reciproca influenza.

Il diritto esercita una forza sulla realtà creandola e modificandola; la realtà, al contempo, condiziona la validità di un intero ordinamento giuridico.³⁹⁸ L'efficacia come condizione di validità dell'ordinamento giuridico non riduce il diritto alla forza, ma rivela la necessità dell'utilizzo della forza nell'esperienza giuridica e l'interdipendenza con il fenomeno giuridico.³⁹⁹

I due autori concordano su questo punto, ma le loro posizioni divergono sulla natura di questa interconnessione: Kelsen ritiene che la forza sia il contenuto dell'ordinamento giuridico e definisce il diritto come organizzazione della forza.

è necessaria per la realizzazione del diritto. Il che non è altro ribadire il concetto di diritto come ordinamento a efficacia rafforzata." Norberto Bobbio, *Teoria generale del diritto*, cit., pag. 196.

³⁹⁷ "Quando la norma fondamentale dice che si deve ubbidire al potere originario, non deve affatto essere interpretata nel senso che si debba sottostare alla violenza, ma nel senso che si deve sottostare a coloro che hanno il potere coercitivo. Ma questo può benissimo essere posseduto per consenso generale. I detentori del potere sono coloro che hanno la forza necessaria per far rispettare le norme che essi emanano. In questo senso la forza è uno strumento necessario del potere. Non è detto che ne sia anche il fondamento. La forza è necessaria per esercitare il potere; non è necessaria per giustificarlo." Norberto Bobbio, *Teoria generale del diritto*, cit., pag. 196.

³⁹⁸ "Daro che la validità di un ordinamento giuridico dipende dalla sua efficacia, si potrebbe essere forviati ad identificare i due fenomeni, definendo la validità del diritto come la sua efficacia, descrivendo il diritto mediante proposizioni di << essere >> anziché di << dover essere >>. Tentativi di tal genere sono stati fatti assai spesso, ma sempre sono falliti. Se, infatti, la validità del diritto viene identificata con un qualsiasi fatto naturale, è impossibile comprendere il senso specifico in cui il diritto si dirige verso la realtà e vi si appoggia." Hans Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., pag. 122.

³⁹⁹ "L'efficacia del diritto appartiene al regno della realtà e viene sovente chiamata il potere del diritto. Se al termine efficacia sostituiamo quello di potere, il problema della validità e dell'efficacia si trasforma allora nel problema più comune di << diritto e forza >> (right and might). E allora la soluzione qui presentata non è altro che l'esatta formulazione della vecchia verità, secondo la quale, per quanto il diritto non possa esistere senza il potere, tuttavia diritto e potere, diritto e forza non sono la stessa cosa. Il diritto, secondo la teoria qui esposta è un ordinamento o una organizzazione specifica del potere." Hans Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., pag. 122-123.

La dottrina kelseniana rivela la contraddizione della tecnica sociale del diritto: l'ordinamento giuridico organizza la forza imputando sanzioni coercitive per disincentivare la forza tra i consociati. In altri termini, il diritto utilizza la forza per disincentivare la violenza tra i consociati; in questa contraddizione consiste la tecnica sociale del diritto.⁴⁰⁰

La forza non è vietata in maniera assoluta, ma il diritto la limita, la regolarizza: il diritto predispone le modalità di possibilità dell'uso della forza.⁴⁰¹ Secondo questa concezione, la forza non è solo uno strumento del diritto, ma è il contenuto stesso dell'ordinamento. La teoria pura del diritto, fondata sulla descrizione formale dell'ordinamento, che prescinde dai contenuti delle norme, descrive l'ordinamento in base al suo contenuto: l'essenza della tecnica sociale dell'ordinamento giuridico consiste nella produzione di proposizioni giuridiche prescrittive, il cui contenuto è la forza.⁴⁰²

Bobbio, nella *Teoria generale del diritto*, discute questa specifica posizione di Kelsen, definendola confusa e limitativa, poiché confonde il fine con il mezzo: il diritto, secondo Bobbio, non è un'organizzazione della forza, ma organizza la società tramite la forza.⁴⁰³

Bobbio, qualche anno dopo, nel saggio *Diritto e forza* del 1965 ridiscute la sua posizione, giungendo ad una conclusione differente, collegando il rapporto tra diritto e forza al nuovo modo di intendere le norme primarie e le norme secondarie. La tesi che definisce il diritto come organizzazione della forza analizza l'ordinamento nel suo complesso e considera le norme giuridiche come rivolte, non ai cittadini, ma agli organi dello Stato.

⁴⁰⁰ "Fra i paradossi della tecnica sociale qui caratterizzata come ordinamento coercitivo vi è il fatto che il suo strumento specifico, l'atto coercitivo della sanzione, è esattamente dello stesso genere dell'atto che esso cerca di impedire nelle relazioni fra gli individui, ossia dell'illecito; il fatto, cioè, che la sanzione contro il comportamento socialmente dannoso è essa medesima un comportamento siffatto. Ciò che infatti deve venir ottenuto mediante la minaccia della privazione violenta della vita, della salute, della libertà, o della proprietà è precisamente che gli uomini nella loro condotta reciproca, si astengano dal privarsi violentemente fra di loro della vita, della salute, della libertà e della proprietà. Si impiega la forza per impedire l'impiego della forza nella società." Hans Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello stato*, cit., pag. 21.

⁴⁰¹ "Esso non preclude però in maniera assoluta l'uso della forza. Diritto e forza non devono venir intesi come in contrasto assoluto fra di loro. Il diritto è un'organizzazione della forza. Esso pone infatti certe condizioni all'uso della forza nelle relazioni fra gli uomini autorizzandone l'impiego soltanto da parte di determinati individui e soltanto in determinate circostanze." Hans Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., pag. 21.

⁴⁰² Una regola è una regola giuridica non perché la sua efficacia è assicurata da un'altra regola che dispone una sanzione; una regola è giuridica perché dispone una sanzione. Il problema della coercizione (costrizione, sanzione) non è il problema di assicurare l'efficacia di regole, ma il problema del contenuto delle regole. Il fatto che sia impossibile assicurare l'efficacia di tutte le regole di un ordinamento giuridico mediante regole che dispongano delle sanzioni, non esclude affatto la possibilità di considerare come regole giuridiche soltanto le regole che dispongono delle sanzioni." Hans Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., pagg. 28-29.

⁴⁰³ "La definizione del diritto come insieme di regole per l'esercizio della forza, è una definizione del diritto che noi possiamo classificare tra le definizioni rispetto al contenuto. Ma è una definizione estremamente limitativa. (...) Le regole per l'esercizio della forza sono in un ordinamento giuridico quella parte di regole che servono a organizzare la sanzione, e quindi a rendere più efficaci le norme di condotta e l'ordinamento stesso nella sua totalità. Lo scopo di un qualsiasi legislatore non è di organizzare la forza, ma si *organizzare la società mediante la forza*. La definizione del Kelsen e del Ross appare limitativa anche rispetto all'ordinamento giuridico preso nel suo complesso, perché scambia la parte con il tutto, lo strumento col fine." Norberto Bobbio, *Teoria generale del diritto*, cit., pagg. 198-199.

Con il nuovo modo di intendere le norme primarie e secondarie, la coazione, cioè il contenuto della forza, non è un mezzo del diritto, ma rappresenta il contenuto stesso della tecnica sociale chiamata diritto.⁴⁰⁴

La teoria tradizionale finiva per rendere il diritto strumento della forza, mentre la nuova teoria, rendendo la coazione come contenuto del diritto, giunge al risultato opposto.⁴⁰⁵ Bobbio, quindi, capovolge la sua posizione precedente: definire il diritto per il suo contenuto non è una contraddizione della metodologia kelseniana, ma rappresenta la confutazione dell'accusa di arido formalismo rivolto verso la sua dottrina.⁴⁰⁶

Il mutamento di prospettiva di Bobbio sul rapporto tra diritto e forza nella teoria kelseniana rivela la complessità della questione e offre degli spunti importanti di riflessione. La teoria kelseniana persegue l'ideale scientifico di purezza, sforzandosi di ripulire la propria dottrina da qualsiasi elemento ideologico. Essa è stata accusata di riduzionismo, così come la teoria di Bobbio, per aver evidenziato il ruolo centrale dell'atto coattivo per la definizione del fenomeno giuridico. Kelsen non riduce il diritto a forza, ma rivela l'interdipendenza tra i due elementi: la definizione del diritto come regolazione della forza è la rappresentazione dello Stato di diritto, ovvero della forma di governo che, tramite la separazione dei poteri e l'elaborazione delle nuove costituzioni, tenta di porre dei limiti al potere arbitrario.

Descrivere l'interconnessione tra diritto e forza non significa elaborare una tesi ideologica: Bobbio, in più passi, evidenzia come la dottrina kelseniana sia sprovvista di una teoria dell'obbedienza e si disinteressa dei motivi che spingono gli uomini ad obbedire.

La descrizione kelseniana dell'ordinamento giuridico non rappresenta una forma di "legalismo etico", ovvero non promuove né orienta i consociati all'obbedienza secondo parametri di legalità, di giustizia o di ossequio al potere costituito. Kelsen, al contrario, ha rivoluzionato il positivismo giuridico tradizionale che, definendo il diritto quale mero complesso di imperativi, sicuramente finiva per associare il diritto alla forza molto più della teoria della norma fondamentale. La teoria del Kelsen si sforza di essere più scientifica possibile e le sue teorie si fondano su studi che vanno dagli ordinamenti primitivi fino a quelli più contemporanei. La dottrina kelseniana, anziché ridurre semplicisticamente il diritto alla forza, rivela la complessità del fenomeno giuridico, evidenziando

⁴⁰⁴ "Considerato il diritto come l'insieme delle norme rivolte ai giudici o agli organi esecutivi, la coazione non poteva più essere considerata come il mezzo per realizzare il diritto, ma doveva essere conseguentemente considerata come il contenuto stesso delle norme giuridiche. In questo modo l'ambito del diritto viene ristretto; esso non regola più tutti i comportamenti umani che hanno una qualche relazione con la vita di società, ma esclusivamente i comportamenti coattivi, cioè i comportamenti volti a ottenere, mediante la forza, certi risultati." Norberto Bobbio, *Studi per una teoria generale del diritto*, cit., pag. 108.

⁴⁰⁵ "Giunta al vertice la teoria tradizionale è costretta a contraddirsi sostenendo che, guardando al diritto dal punto di vista non più dei cittadini ma del potere supremo, la forza non è al servizio del diritto, ma il diritto è al servizio della forza. (...) La teoria nuova, invece, risponde trionfalmente: se è vero che la coazione è il contenuto della regolamentazione giuridica, le norme al vertice, che attribuiscono agli organi supremi la disponibilità del potere coattivo, sono le norme giuridiche per eccellenza." Norberto Bobbio, *Studi per una teoria generale del diritto*, cit., pag. 112.

⁴⁰⁶ "Uno dei paradossi che la teoria esaminata mette in luce, è anche questo: la teoria che di solito viene considerata come una delle punte estreme del formalismo giuridico è in realtà l'unica che dà una delle definizioni di diritto, inteso come ordinamento giuridico nel suo complesso, partendo esclusivamente dal contenuto delle sue regole." Norberto Bobbio, *Studi per una teoria generale del diritto*, cit., pag. 118.

l'interconnessione costante tra il piano dell'essere e del dovere essere, tra il piano del potere e il piano del diritto. È interessante notare l'influenza costante della dottrina kelseniana sugli studi di Bobbio, le cui riflessioni cambiano in linea con le trasformazioni della società. Osserveremo come tali influenze oscillano costantemente negli studi dell'autore, soprattutto quando, nella teoria di Bobbio, prenderà posto, sempre più prepotentemente, il discorso sul potere.

6. *Le nuove riflessioni sul ruolo e sulla funzione della scienza giuridica*

La teoria del diritto di Bobbio dalla seconda metà degli anni '60 entra in una nuova fase che avrà il suo culmine nel 1972, anno del passaggio dell'autore alla facoltà di scienze politiche. Nel 1969 la cattedra di filosofia politica di Torino era occupata da Alessandro Passerin D'Entreves che, prima di andare in pensione, propone a Norberto Bobbio di abbandonare la facoltà di giurisprudenza per prendere la sua cattedra di filosofia politica. Bobbio accetta la proposta e dal 1972 si dedicherà agli studi di filosofia politica: da questo momento le riflessioni del filosofo torinese saranno incentrate fortemente sul tema del potere politico.

Il tema del potere, però, come già si è evidenziato, era già da tempo che sollecitava gli studi di teoria del diritto di Bobbio, basti pensare all'interpretazione della costruzione a gradi di Kelsen, definita non come una piramide di norme, ma come un'alternanza tra poteri e doveri. La teoria del positivismo giuridico, contemporaneamente alle novità professionali dell'autore, subiva in quegli anni una forte crisi.

Già solo dalla critica mossa da Matteucci nei confronti del positivismo giuridico si può rilevare la diffusa insoddisfazione nei confronti della corrente culturale gius-positivistica, ritenuta incapace di rappresentare le nuove trasformazioni della società. La società va trasformandosi in quegli anni sia sul piano sociale, attraverso riforme economiche e industriali, sia sul piano della scienza giuridica che risente del nuovo ruolo dei diritti tramite il processo iniziato decenni prima con l'emanazione delle costituzioni rigide.

Questi nuovi processi comportano nuove istanze sociali e culturali che richiedono risposte in ogni settore; nuove risposte capaci di rappresentare le nuove esigenze di una società che sta rapidamente cambiando. Bobbio vive da vicino questo nuovo contesto e, pur avendo difeso per anni il metodo gius-positivista, non può rimanere indifferente alle nuove istanze che interessano la scienza giuridica. Nel 1966 si tiene a Pavia una 'tavola rotonda sul positivismo giuridico', ovvero un convegno che discute questi nuovi processi e analizza la crisi attraversata dal positivismo giuridico, ricercando nuove soluzioni per la teoria generale del diritto.

Bobbio, dopo aver partecipato a questo convegno, pubblica nel 1967 un saggio che dimostra un nuovo percorso per la propria teoria del diritto. Il saggio a cui si fa qui riferimento è *Essere e dover essere nella scienza giuridica* pubblicato nel 1967, con il quale l'autore analizza, sotto una nuova luce, il significato di scienza normativa, confrontando la definizione tradizionale con le novità apportate dagli studi di Kelsen.

In particolare, lo scopo del saggio è analizzare e discutere il significato di scienza normativa, con delle novità importanti rispetto al lavoro *Teoria della scienza giuridica* del 1950.

La scienza può essere 'normativa' in due accezioni: l'aggettivo può essere inteso in senso 'debole' per indicare una scienza che si 'occupa' di norme, oppure una scienza che ha il compito di prescrivere delle norme di condotta. Snodo centrale del saggio è la teoria di Kelsen, ritenuta non 'collocabile' in nessuno dei due significati.⁴⁰⁷ Se la *Teoria della scienza giuridica* del 1950 era un modo per spiegare la funzione scientifica della dottrina normativista kelseniana, il saggio del 1967 analizza la dottrina kelseniana da altri punti di osservazione, soffermandosi sulla sua funzione 'pedagogica' e prescrittiva. La dottrina kelseniana non si limiterebbe a esporre una specifica metodologia: la teoria di Kelsen evidenzia i limiti metodologici del positivismo giuridico tradizionale, elaborando delle nuove 'direttive' teoriche collegate direttamente con un ideale scientifico.⁴⁰⁸ La teoria pura del diritto ha l'effetto di elaborare delle vere 'linee guida', quasi delle regole generali, da osservare per elaborare una teoria del diritto dotata di dignità scientifica.

Bobbio scorge, soprattutto nel linguaggio utilizzato dal Kelsen una sorta di contraddizione: la teoria kelseniana prescrive alla scienza giuridica di doversi limitare a descrivere la struttura dell'ordinamento giuridico.⁴⁰⁹ Il metodo descrittivo avalutativo professato dalla dottrina kelseniana occulterebbe al suo interno una 'metagiurisprudenza ideologizzata'.⁴¹⁰ Le riflessioni sulla metodologia kelseniana sono propedeutiche ad un ragionamento più esteso sulla nuova funzione della scienza giuridica all'interno della società. La questione relativa alla natura descrittiva o prescrittiva della scienza giuridica è un discorso ampio, che

⁴⁰⁷ "Che la giurisprudenza sia scienza normativa vuol dire due cose molto diverse e non necessariamente connesse: in un senso debole vuole dire che la giurisprudenza ha che fare con (o tratta di) norme; in un senso forte che pone o propone addirittura impone norme. L'equivoco nasce dal fatto che la giurisprudenza, a differenza, per esempio, delle altre scienze sociali, può essere detta normativa in entrambi i sensi. (...) Le cose si sono complicate con Kelsen: nella teoria normativa del diritto, 'normativo' è usato in un significato che non corrisponde a nessuno dei due significati sopra menzionati." Norberto Bobbio, *Studi per una teoria generale del diritto*, cit., pag. 120.

⁴⁰⁸ "Appunto per la sua tendenza antiideologica, la dottrina pura del diritto si dimostra vera scienza giuridica perché la scienza, come conoscenza, ha la tendenza immanente a scoprire il proprio oggetto. L'ideologia invece nasconde la realtà perché, o la esalta con l'intento di conservarla o di difenderla, oppure la deforma con l'intenzione di distaccarla, di distruggerla e di sostituirla con un'altra. Ogni ideologia ha le sue radici nel volere, non nel conoscere, nasce da determinati interessi e, più esattamente, da interessi diversi dall'interesse della verità; né con ciò noi vogliamo certo pronunciarsi sul valore e sulla dignità di questi interessi. La conoscenza tornerà sempre a squarciare i veli con cui la volontà avvolge le cose." Hans Kelsen, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, cit., pag. 60.

⁴⁰⁹ "Come si deve intendere questa affermazione del Kelsen? Si deve intendere nel senso che la giurisprudenza descrive o deve descrivere? In altre parole, quando Kelsen espone la sua teoria sulla giurisprudenza, mostra quel che avviene di fatto nell'attività quotidiana del giurista o quello che deve avvenire affinché la giurisprudenza sia conforme ad un ideale scientifico e politico che egli considera desiderabile e vuol proporre come modello? O ancora più sinteticamente: la sua metagiurisprudenza è descrittiva, come egli pretende che sia la giurisprudenza, o è invece, a differenza della giurisprudenza, prescrittiva?" Norberto Bobbio, *Studi per una teoria generale del diritto*, cit., pag. 127.

⁴¹⁰ "La funzione meramente teorica e non politica del giurista non appartiene necessariamente alla giurisprudenza reale, bensì corrisponde necessariamente all'ideale della giurisprudenza che Kelsen vuole perseguire. (...) Volendo riassumere la teoria kelseniana della scienza giuridica in una formula ad effetto, si potrebbe dire che essa *prescrive di descrivere*. Il che val quanto dire – con un'altra formula – che una scienza del diritto neutrale è ottenuta al prezzo di una metagiurisprudenza ideologizzata." Norberto Bobbio, *Studi per una teoria generale del diritto*, cit., pag. 128.

coinvolge la possibilità di inquadrare la scienza giuridica quale fonte del diritto. Attribuire alla scienza giuridica una funzione esclusivamente descrittiva vuol dire intendere il giurista come un teorico che fotografa la realtà, senza poter incidere su essa; se invece si riconosce una funzione prescrittiva alla scienza giuridica, si attribuisce al giurista il potere di incidere sulla produzione legislativa delle norme. Il tema centrale del saggio diviene il ruolo del giurista; in particolare, il rapporto che sussiste tra la funzione di giurista e i giudizi di valore.⁴¹¹

Il giurista non può meramente fotografare la realtà, senza incidere su di essa: se anche il giurista prova a descrivere la realtà giuridica, eserciterebbe su di essa un lavoro di interpretazione, capace di influenzare il contesto sociale in base al destinatario di tale interpretazione.⁴¹² Bobbio, nella disputa tra la natura prescrittiva o descrittiva della scienza giuridica, elabora una terza strada, servendosi della distinzione classica tra «*praeceptum*» e «*consilium*», concentrandosi sul potere 'persuasivo' della scienza giuridica. La teoria del diritto non sarebbe da considerarsi fonte del diritto perché non produce leggi, ma eserciterebbe una specifica influenza sulla produzione e applicazione delle norme giuridiche. Il giurista esercita di fatto un potere di interpretazione che agisce sui propri interlocutori, quali i detentori del potere politico, gli scienziati, i giudici; questo potere appartiene al campo dei *consilia*; il giurista teorico non è capace di imporre un determinato significato, ma di orientarne l'azione.⁴¹³ Dovendo il giurista interpretare il materiale giuridico, servendosi di regole, atti e principi, appartenenti alle nuove democrazie, inevitabilmente emette giudizi di valore e, tramite queste azioni, esercita un'influenza diretta sulla produzione delle norme. Questo saggio non costituisce una rottura con il passato, ma è il primo segnale di una nuova strada, di un nuovo percorso di rivalutazione del ruolo e della funzione del giurista nella società. In questo saggio l'autore parla di 'funzione sociale della giurisprudenza', elaborando un nuovo contatto tra l'orizzonte normativo e la realtà sociale.

Questo costituisce il primo segnale di una nuova riflessione sul ruolo della scienza giuridica che tenti di rispondere alle istanze di una società che sta rapidamente cambiando.

⁴¹¹ "Attraverso la discussione intorno al problema se la giurisprudenza sia descrittiva o prescrittiva, ciò che si discute in realtà è il problema della funzione sociale del giurista. Ma poiché questa funzione muta secondo diversi tipi di società, il problema se la scienza giuridica sia descrittiva o prescrittiva non può avere una risposta univoca." Norberto Bobbio, *Studi per una teoria generale del diritto*, cit., pag. 140.

⁴¹² "Abbiamo visto che la funzione dipende dagli effetti, e gli effetti dipendono dal modo di ricezione, e il modo di ricezione dal destinatario. (...) Basti pensare, riguardo al destinatario, che la stessa frase di un giurista può essere letta da uno studente, da un avvocato o da un giudice; rispetto al modo di ricezione, che la stessa opinione dottrinale può essere accolta o respinta da giudici diversi e magari dallo stesso giudice in circostanze diverse; rispetto agli effetti, che l'accoglimento o il rifiuto possono avere conseguenze diverse secondo il posto che alla giurisprudenza è riservato nella gerarchia delle fonti." Norberto Bobbio, *Studi per una teoria generale del diritto*, cit., pag. 144.

⁴¹³ "Se è chiaro, come si diceva poc'anzi, che la scienza giuridica non è nei nostri ordinamenti imperativa, nel senso stretto della parola, è altrettanto chiaro che la sua funzione non è soltanto quella di prendere atto delle norme vigenti. Essa esercita in maggiore o minore misura una pressione sociale: col linguaggio degli scienziati politici si direbbe che essa, è vero, non ha potere, ma ha influenza; se poi si volesse adottare il linguaggio dei teologi, dei canonisti e dei giusnaturalisti, si potrebbe dire che le sue opinioni appartengono non al genere dei *praecepta* ma dei *consilia*." Norberto Bobbio, *Studi per una teoria generale del diritto*, cit., pag. 146.

7. L'evoluzione della teoria generale del diritto di Bobbio: il nuovo dialogo prospettato tra la scienza giuridica e la sociologia

Il processo di rinnovamento della propria teoria del diritto raggiunge negli anni '70 il suo snodo decisivo. Nel 1972 l'autore ottiene la cattedra di filosofia politica a Torino e nel 1973 muore Hans Kelsen: questi due eventi segnano l'ingresso dell'autore nel mondo della teoria politica. In realtà, Bobbio non interromperà mai lo studio sull'ordinamento giuridico; ciò che cambia è la prospettiva dalla quale osserva il diritto, ma non il suo oggetto di conoscenza. Muta il metodo apportato allo studio del fenomeno giuridico, ma anche se il potere politico diviene il centro delle nuove lezioni del filosofo, il diritto ed il suo rapporto con la realtà politico-sociale, rimangono i veri temi centrali.

Bobbio, contemporaneamente a questi eventi, avverte l'esigenza di dover portare la propria teoria del diritto ad un nuovo livello, capace di interpretare le nuove trasformazioni della società. Un elemento rilevante, o forse decisivo, è l'incontro con il filosofo del diritto argentino Genaro Carriò, con il quale l'autore intraprende dal 1964 uno scambio epistolare durato almeno 16 anni, conclusosi solo nel 1980. Genaro Carriò è un filosofo del diritto argentino, che ha praticato la professione forense ed ha ricoperto anche il ruolo di Presidente della Corte Suprema de Justicia de la Nación di Buenos Aires. Carriò, come riportato accuratamente da Mario Losano, ha vissuto nell'America del Sud negli anni '50 durante lo sviluppo di un movimento culturale chiamato 'desarrolismo' che ha condizionato notevolmente il proprio pensiero filosofico. Il 'desarrolismo' si poneva l'obiettivo di raggiungere una maggiore giustizia sociale nella politica interna e una maggiore indipendenza dagli Stati stranieri, tramite delle nuove politiche attive che coinvolgessero un intervento dello Stato nell'economia. Queste nuove politiche influenzavano Carriò e lo portavano ad elaborare una teoria del diritto capace di rappresentare questa nuova forma di interventismo dello Stato. Alla fine degli anni '50 e agli inizi degli anni '60, anche l'Italia attraversava un periodo di intensa crescita economica; in questi anni, analogamente all'Argentina, lo Stato svolgeva una funzione di incoraggiamento delle politiche economiche, attraverso anche azioni dirette nell'economia.

Questi due contesti storici hanno creato le condizioni per lo scambio culturale dei due autori sul tema della funzione promozionale del diritto. Lo scambio epistolare tra i due autori inizia il 21 dicembre 1964 quando Carriò scrive a Bobbio informandolo che stava organizzando un incontro a Torino con l'aiuto di Herbert Hart. I due autori si incontrano per la prima volta a Bellagio per un convegno organizzato nel 1965, il cui focus principale era la nozione di obbligo giuridico. L'incontro con Carriò, gli studi del filosofo argentino sull'obbligo giuridico, il contesto storico economico, costituiscono le basi della svolta funzionalistica della teoria di Bobbio.

Tale svolta consiste in una rivalutazione delle funzioni del diritto scaturente dalle nuove politiche attive dello Stato, consistenti nell'aumento al ricorso delle sanzioni positive e dai nuovi studi della sociologia del diritto. Tutti questi elementi portano l'autore a riconsiderare nuovamente la metodologia della propria teoria del diritto: Bobbio giudica la propria teoria, e in generale ogni teoria gius-positivistica, concentrata solo sulla struttura dell'ordinamento

giuridico, manchevole di qualsiasi riflessione sugli aspetti teleologici del diritto. Nel prologo dell'edizione catalana del 1987 di *Teoría general del derecho*, tradotto dal professor Eduardo Roza Acuna, riportata da Mario Losano, l'autore spiega dettagliatamente i motivi che lo spingono ad un rinnovamento della scienza giuridica, sottolineando il cambiamento rapido della società e l'ascesa delle scienze sociali: non si può studiare l'apparato giuridico analizzando 'solo' la struttura, senza cogliere le nuove azioni concrete dello Stato per la vita dei consociati.⁴¹⁴

Nel 1977 Bobbio riunisce nell'opera *Dalla struttura alla funzione* una serie di saggi scritti tra il 1969 ed il 1975 in cui manifesta questa voglia di rinnovamento della scienza giuridica. L'autore discute le novità derivante dal confronto con Carriò ed i nuovi studi della sociologia giuridica inerenti al tema della funzione del diritto, sostenendo per la scienza giuridica un nuovo approccio metodologico. In questa sede si analizzerà innanzitutto il contenuto scientifico delle nuove proposte dell'autore, cercando di rispondere ad alcuni quesiti: questo nuovo approccio sconfessa il positivismo giuridico metodologico sostenuto da Bobbio? Le nuove ricerche sono finalizzate a sconfessare la teoria del diritto quale ordinamento giuridico della forza? (Quest'ultima è una domanda che lo stesso autore rivolge in una lettera proprio allo stesso Carriò⁴¹⁵) Quali sono le cause e gli obiettivi delle nuove teorie di Bobbio?

Si cercherà di rispondere con ordine a questi quesiti, muovendo dall'analisi dei contenuti delle nuove delle ricerche, cercando di cogliere lo scopo che esse perseguono.

I nuovi studi partono da una constatazione di carattere empirica-sociale sulle nuove politiche attive messe in campo dallo Stato nell'economia per raggiungere obiettivi specifici in alcuni settori della società. Lo Stato interviene all'interno dell'economia sia direttamente

⁴¹⁴ "Se, per distinguere i due principali punti di vista a partire dai quali si può analizzare l'universo giuridico, si accetta come particolarmente rilevante la distinzione tra struttura e funzione del diritto, bisogna affermare senza esitazione che gli studi di teoria generale di cui ho fin qui parlato ebbero in comune il predominante interesse per la struttura. Lo stesso è avvenuto con i miei interessi. Da allora il mio interesse per i problemi della funzione è divenuto permanente: 1960 (...) osservavo che, nello Stato contemporaneo, il diritto non ha soltanto la funzione puramente negativa di proteggere i diritti dei cittadini e di reprimerne le violazioni, ma che esso aveva assunto anche la funzione di favorire le attività socialmente utili ricorrendo alle sanzioni positive (premi e incentivi), prese in considerazione in modo soltanto superficiale dalla teoria tradizionale. Il mutamento di interesse dei giuristi, fu la conseguenza del rinnovato sviluppo degli studi di sociologia del diritto, che l'imperante formalismo aveva trascurato." Norberto Bobbio - Genaro R. Carriò, *Un carteggio su struttura e funzione nel diritto 1964-1980*, a cura di Mario G. Losano, Edizione Universitarie di Lettere Economia Diritto, Milano, 2024, pagg. 30-31.

⁴¹⁵ "Il modo in cui ho sempre cercato di salvare il nucleo della teoria tradizionale (e con essa gran parte del mio lavoro) è quello di distinguere la teoria del diritto che cerca di caratterizzare il diritto attraverso questo o quel carattere della norma giuridica e la teoria del diritto che, rendendosi conto che le norme giuridiche, come Lei bene ha osservato, possono avere delle specie più diverse, cerca di individuare il fenomeno giuridico attraverso le caratteristiche proprie dell'ordinamento nel suo complesso. A me pare che questo abbia fatto Hart, quando ha visto la caratteristica del diritto nel fenomeno dell'unione di norme primarie e secondarie. Ma non aveva compiuto la stessa operazione il Kelsen considerando la coazione come il carattere proprio non di questa o quella norma, ma del sistema delle norme (Zwangsordnung)? Questo è il punto che a mio giudizio dovrebbe essere ancora chiarito. Le trasformazioni radicali che Lei ha rilevate nella funzione dello Stato contemporaneo sono state così grandi da costringerci a rinunciare alla concezione dello Stato come monopolio della forza?" Norberto Bobbio - Genaro R. Carriò, *Un carteggio su struttura e funzione nel diritto 1964-1980*, introduzione e cura di Mario G. Losano, cit., pagg. 45-46.

che indirettamente, attraverso la predisposizione di specifici strumenti giuridici per promuovere lo sviluppo di determinati processi sociali. Tali strumenti consistono nelle cosiddette 'sanzioni positive', ovvero nella predisposizione di una serie di norme che imputano un determinato premio o ricompensa alla commissione di una determinata prestazione.

La nozione di 'sanzione positiva' si ricava simmetricamente da quella di 'sanzione negativa': se la sanzione negativa consiste nella prescrizione di un "castigo" imputato ad un comportamento illecito, così una 'sanzione positiva' è la predisposizione di un premio imputato ad una determinata prestazione.⁴¹⁶ Entrambe le tipologie di sanzione appartengono alla stessa tecnica sociale: ottenere dei comportamenti desiderati, imputando determinate conseguenze a delle premesse condizionanti.

Le tipologie di sanzioni differiscono negli scopi e nelle modalità: 'le sanzioni negative' sono finalizzate a scoraggiare dei comportamenti indesiderati, quelle 'positive' sono propedeutiche all'incoraggiamento di comportamenti desiderati. La sanzione positiva incoraggia un determinato comportamento tramite la predisposizione di un premio; la maggiore attenzione per questa specifica tecnica dipende dalle nuove forme di intervento dello Stato in alcuni settori della società. La predisposizione delle sanzioni 'premiali' rivela lo sviluppo della 'funzione promozionale' del diritto, di cui si serve lo Stato per ottenere dei comportamenti sociali desiderati, con il fine di agire su specifici settori della società.

La funzione promozionale del diritto, che si compone di sanzioni positive, si contrappone a quella repressiva incentrata sulle sanzioni negative: la prima utilizza sanzioni positive per incoraggiare dei comportamenti, la seconda utilizza dei 'castighi' per reprimere i comportamenti non desiderati.⁴¹⁷ La funzione di incoraggiamento del diritto è un tratto delle costituzioni post-liberali nelle quali, a differenza delle costituzioni liberali classiche, vi sono articoli delle costituzioni che attribuiscono allo Stato dei compiti e degli obiettivi sociali.

Nel saggio *La funzione promozionale del diritto* viene fatto un elenco degli articoli della nuova costituzione del 1948 che rappresenterebbe il passaggio da uno Stato-controllatore che esprimeva una funzione del diritto repressiva ad uno Stato-interventista, caratterizzato dalla funzione promozionale del diritto.⁴¹⁸

⁴¹⁶ "La nozione di sanzione positiva si ricava e *contrario* da quella ben più elaborata di sanzione negativa. Mentre il castigo è una reazione a un'azione cattiva, il premio è una reazione a un'azione buona. Nel primo caso la reazione consiste nel rendere male per male; nel secondo bene per bene. (...) Come il male del castigo può consistere tanto nell'attribuzione di uno svantaggio quanto nella privazione di un vantaggio, così il bene del premio può consistere tanto nell'attribuzione di un vantaggio quanto nella privazione di uno svantaggio. (...) Così vi sono premi che consistono in un bene economico (un compenso in denaro, l'assegnazione di una terra al combattente valoroso), altri in un bene sociale (il passaggio ad uno *Status* superiore), altri in un bene morale (onorificenze), altri in un bene giuridico (i cosiddetti privilegi)." Norberto Bobbio, *Dalla struttura alla funzione*, Edizioni di Comunità, Milano, 1977, pagg. 34-35.

⁴¹⁷ "Mi riferiscono in particolare alla teoria che considera il diritto esclusivamente dal punto di vista della sua funzione protettiva e a quella che lo considera esclusivamente dal punto di vista della sua funzione repressiva. Superfluo aggiungere che le due teorie si trovano spesso sovrapposte: il diritto svolge la funzione di protezione rispetto agli atti leciti (che possono essere tanto atti permessi quanto atti obbligatori), mediante la repressione degli atti illeciti." Norberto Bobbio, *Dalla struttura alla funzione*, cit., pag. 14.

⁴¹⁸ "Nelle costituzioni post-liberali, accanto alla funzione della tutela o della garanzia, appare sempre più frequentemente quella di promuovere. Secondo la nostra costituzione la Repubblica promuove le condizioni che rendono effettivo il diritto al lavoro (art. 4, comma 1°); <promuove le autonomie locali> (art.5); <promuove

In altri termini, le trasformazioni della società, gli interventi dello Stato nell'economia, i nuovi obiettivi sanciti dalle nuove costituzioni causano l'elaborazione di una nuova teoria del diritto in cui vengano rappresentate le nuove funzioni promozionali del diritto: il diritto non può essere più descritto solo nella sua funzione repressiva.⁴¹⁹ I nuovi scopi che si propone lo Stato, tramite il diritto, rendono la sua funzione non più solo di "controllo sociale", ma di "direzione sociale", nel senso che lo Stato orienta la condotta sociale con delle strategie di incoraggiamento positive. La teoria del diritto contemporanea sarebbe incentrata su un modello vecchio di Stato e di diritto, non più corrispondente alla realtà effettiva. Inoltre, i nuovi studi sociologici sulla funzione del diritto hanno creato un nuovo contatto tra la teoria del diritto e la sociologia dei comportamenti umani, spingendo il giurista a rivedere il proprio ruolo e ad uscire dall'isolamento degli anni precedenti.

I nuovi studi hanno portato a concepire il diritto, non come un sistema chiuso e slegato dalle altre discipline sociali, ma come un sottosistema che necessita di collegare gli studi sulla struttura alle ricerche legate alle funzioni del diritto; tale necessità si può raggiungere attraverso una rivisitazione del rapporto tra sociologia e la teoria del diritto.⁴²⁰ Tutti questi processi, compresa la ricezione teorica delle costituzioni rigide, comportano una nuova funzione del giurista che non si limita a descrivere la realtà giuridica, ma, tramite l'attività interpretativa, influenza la produzione del diritto tramite la convalida dei principi materiali di giustizia.⁴²¹

Ciò costituisce un prolungamento delle riflessioni già prodotte in *Esser e dover essere nella scienza giuridica* e rappresenta una nuova immagine della funzione del giurista teorico. Il giurista deve trovare dei nuovi punti di comunicazioni con le altre scienze sociali, e non può

lo sviluppo della cultura> (...) cioè tra l'affermazione di un compito meramente protettivo che si attua per lo più mediante la tecnica delle misure negative e l'affermazione di un compito promozionale che si attua per lo più mediante la tecnica delle misure positive e l'affermazione di un compito promozionale che si attua per lo più attraverso misure positive." Norberto Bobbio, *Dalla struttura alla funzione*, cit., pag. 25.

⁴¹⁹ "Nella teoria generale del diritto contemporanea la concezione repressiva del diritto è tuttora dominante. Sia che la forza venga considerata come un mezzo per ottenere il massimo rispetto delle norme (primarie) del sistema sia che venga considerata come il contenuto stesso delle norme (secondarie), la concezione dominante è certamente quella che considera il diritto come ordinamento coattivo, e stabilisce così un nesso necessario e indissolubile tra diritto e coazione. Questa connessione si traduce nel rilievo esclusivo dato alle sanzioni negative: la coazione viene considerata o essa stessa una sanzione negativa oppure il mezzo estremo per rendere efficaci le sanzioni (negative), predisposte dall'ordinamento stesso a conservazione del proprio patrimonio normativo." Norberto Bobbio, *Dalla struttura alla funzione*, cit., pag. 19.

⁴²⁰ "Il diritto è, rispetto al sistema sociale considerato nel suo complesso in tutte le sue articolazioni e in tutte le sue interrelazioni, un sottosistema che sta accanto, e in parte si sovrappone e in parte si contrappone, ad altri sottosistemi, quali l'economico, il culturale, il politico. (...) Il passaggio dalla teoria strutturale alla teoria funzionale è anche il passaggio da una teoria formale (o pura!) a una teoria sociologica (impura?). Dico questo perché nella maggior parte degli articoli qui raccolti - e questo è un altro tratto comune - si sente che la sociologia del diritto batte alle porte." Norberto Bobbio, *Dalla struttura alla funzione*, cit., prefazione, pag. 9.

⁴²¹ "Poiché in base alla seconda concezione della funzione del giurista il diritto non è un sistema di regole già poste e tramandate ma un insieme di regole in movimento, da porre e riproporre continuamente, oggetto della scienza giuridica debbono essere non tanto le regole, ma gli stessi fatti sociali di cui le regole giuridiche sono valutazioni. (...) In questa prospettiva l'attività principale del giurista non è più l'interpretazione di un diritto già fatto ma la ricerca di un diritto da fare, *in fieri*, non tanto la convalida in base ad un'analisi delle fonti formali del diritto che è, quanto la legittimazione, in base ai principi materiali di giustizia, del diritto che deve essere." Norberto Bobbio, *Dalla struttura alla funzione*, cit., pag. 50.

sottrarsi a compiere delle scelte di valore che influenzano la produzione e l'applicazione del diritto. I nuovi studi sulla funzione sono in grado di sconfessare la teoria del diritto di Kelsen e la concezione del diritto quale ordinamento regolatore della forza?

I nuovi aspetti legati alla funzione del diritto e al contatto con il mondo sociologico entrano in contrasto con diversi aspetti della teoria di Kelsen. Il contrasto è presente, innanzitutto, nell'esigenza di purezza metodologica; secondariamente nella scelta dell'analisi 'solo' strutturale dell'ordinamento giuridico. La dottrina kelseniana analizza il diritto come tecnica sociale, senza studiarne un fine specifico: l'analisi teleologica dei fini del diritto rappresenta un aspetto secondario per la teoria pura del diritto.

Bobbio non può ignorare che i nuovi studi sulla funzione creino un punto di domanda forte sulla teoria di Kelsen. A questo proposito, si rileva che l'autore, sebbene abbia introdotto novità metodologiche significative, non abbia alcuna intenzione di abbandonare o sconfessare gli schemi teorici della dottrina pura del diritto. Al contrario, egli compie un'opera di unione, di integrazione, sforzandosi di esaminare le compatibilità tra il punto di vista strutturale e quello funzionalistico, ricercando tra essi un punto di convergenza.

La dottrina di Kelsen non ignora le sanzioni 'positive' o gli aspetti funzionalistici del diritto, ma semplicemente li reputa aspetti secondari, non fondamentali per comprendere il funzionamento dell'ordinamento giuridico. Bobbio evidenzia che sono pochi i riferimenti kelseniani sulle sanzioni positive, mentre tutta la dottrina kelseniana si concentra sulle misure repressive e sul ruolo centrale della sanzione coattiva. La sanzione positiva avrebbe una certa rilevanza solo nei rapporti tra privati; la predisposizione del premio o della ricompensa rivestirebbero un'importanza secondaria rispetto alle sanzioni negative. Nella descrizione del principio di retribuzione nell'ordinamento giuridico è dato meno spazio alla sanzione positiva.⁴²²

Kelsen attribuisce alle sanzioni positive un ruolo marginale tale da non influenzare la tesi sulla natura coercitiva dell'ordinamento giuridico. Bobbio interpreta la marginalità delle sanzioni positive nella dottrina di Kelsen una conseguenza della purezza metodologica della dottrina: gli aspetti teleologici del diritto non interesserebbero alla dottrina pura del diritto che si preoccupa solo di descrivere l'essenza di un ordinamento giuridico e la sua struttura.

Un esempio di ciò sarebbe il 'passo indietro' fatto da Kelsen nella seconda edizione della dottrina pura del diritto relativamente alla possibilità di definire il diritto quale ordinamento volto alla promozione della pace.⁴²³

Nella seconda edizione della dottrina pura del diritto del 1960 Kelsen rivede questa definizione, affermando che la pace non sia un vero e proprio scopo del diritto, ma una mera

⁴²² "Il principio in base al quale si reagisce ad un comportamento umano con un premio o una pena è il principio della retribuzione (*Vergeltung*). Premio e pena possono essere compresi nel concetto di sanzione, però, comunemente si designa come sanzione non il premio bensì la pena, cioè un male (la privazione di certi bene come la vita, la salute, la libertà, l'onore o beni e economici), inflitto come conseguenza di un certo comportamento." Hans Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1966, pag. 36.

⁴²³ "L'antinomia, peraltro, è solo apparente. Il diritto è indubbiamente un ordinamento per la promozione della pace, in quanto vieta l'uso della forza nelle relazioni fra i membri della comunità. Esso non preclude però in maniera assoluta l'uso della forza (...)" Hans Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, cit., pag. 21.

tendenza.⁴²⁴ Questo sarebbe il 'passo indietro' del giurista austriaco che dimostrerebbe così il suo ostracismo verso qualsiasi concezione teleologica del diritto.⁴²⁵

Già è stato accuratamente dimostrato altrove come questo 'passo indietro' non rappresentasse in alcun modo una lotta contro le teorie funzionalistiche, ma fosse da ricollegare alla volontà di Kelsen di affermare il carattere giuridico dell'ordinamento internazionale;⁴²⁶ quel che qui si vuole, però, evidenziare è la consapevolezza di Bobbio della necessità di rivedere gli schemi della dottrina kelseniana alla luce dei nuovi studi sociologici sulla funzione ed in linea con le nuove trasformazioni della società.

Bobbio ritiene che la teoria di Kelsen sia legata ad un'idea dello Stato ormai trascorsa, incentrata su un'idea solo repressiva del diritto, non idonea ad intercettare le novità che provengono dal mondo sociologico; ciò emergerebbe in particolare dai limiti della definizione del diritto quale ordinamento regolatore della forza.⁴²⁷ Le azioni di promozione sociale incoraggiate dallo Stato, con l'utilizzo del potere economico e delle sanzioni positive, rivelerebbero come la forza coercitiva non sia l'unico potere utilizzato dal potere politico. L'aumento dell'utilizzo del potere economico per agire in alcuni settori specifici dimostrerebbe che la definizione del diritto quale ordinamento regolatore della forza risulti inadeguata rispetto ad una società nella quale il diritto è utilizzato per promuovere e raggiungere obiettivi di direzione della condotta in un modo diverso rispetto al passato.⁴²⁸

⁴²⁴ "fino a che, nelle relazioni fra stati, la guerra non è vietata dal diritto internazionale, non si può con ragione ritenere che lo stato di diritto sia necessariamente uno stato di pace e che l'assicurare la pace sia una funzione essenziale del diritto. Si può soltanto ritenere che il diritto abbia questa tendenza." Hans Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit., pag. 51.

⁴²⁵ "Ma nulla mostra come Kelsen volesse non impegnarsi troppo nel problema del fine del diritto quanto la correzione non lieve apportata nella seconda edizione della *Reine Rechtslehre* ai due paragrafi della *General Theory of Law and State* (...) Nella retrocessione della ricerca di questo fine minimo, dalla pace alla sicurezza collettiva, Kelsen mostra insomma la caccia spietata che egli dà a ogni tentativo di determinare, per usare l'espressione jheringhiana, <lo scopo del diritto> Norberto Bobbio, *Dalla struttura alla funzione*, cit., pagg. 211-212.

⁴²⁶ "Ma è proprio questo il motivo per cui, se prima egli poteva affermare che la pace (o la sicurezza collettiva) fosse una funzione essenziale del diritto, senza correre il rischio di mettere in dubbio il carattere giuridico degli ordinamenti primitivi, e in primo luogo dell'ordinamento decentrato della comunità degli Stati, adesso egli non può riproporre tale affermazione, altrimenti sarebbe costretto a negare, insieme con quella degli ordinamenti primitivi, la giuridicità del diritto internazionale." Carlo Nitsch, *Diritto e pace nella riflessione di Hans Kelsen*, ParoleChiave, 2022, pag. 11.

⁴²⁷ "Ora a me pare che proprio questa tesi venga messa in crisi dallo spazio sempre maggiore che viene ad occupare in un certo tipo di stato contemporaneo il diritto promozionale. (...) Ma oggi è ancora accettabile questa concezione dello stato esclusivamente come organizzazione della forza? Con l'estendersi degli interventi dello stato nella sfera economica non è diventata questa concezione insufficiente, non è una concezione minima o limitata dello stato?" Norberto Bobbio, *Dalla struttura alla funzione*, cit., pagg. 83-84.

⁴²⁸ "mentre il potere coattivo viene abitualmente adoperato in funzione repressiva, il potere economico può essere adoperato anche in funzione promozionale, ovvero non per punire ma per gratificare, per contraccambiare non male per male, ma bene per bene. Da questo punto di vista mi pare che chi si pone a rilevare la tendenza verso un accrescimento del diritto promozionale, si collochi in un osservatorio che gli permette di cogliere un aspetto fondamentale della trasformazione funzionale del diritto e di percepire l'insufficienza della teoria tradizionale la quale, essendosi lasciata attrarre dal fenomeno certamente più macroscopico dell'organizzazione della forza (...) continua a vedere il diritto nella sua funzione essenzialmente repressiva." Norberto Bobbio, *Dalla struttura alla funzione*, cit., pag. 85.

Queste sempre più diffuse azioni dello Stato, certificate anche dai principi delle nuove costituzioni, non sarebbero, però, idonee a sconfessare *tout court* la teoria del Kelsen, ma evidenzerebbero 'solo' nella sua dottrina una prevalenza data alla funzione repressiva, a scapito di quella promozionale.

Il fatto che la teoria di Kelsen non abbia potuto intercettare e rappresentare questi cambiamenti non confuterebbe in alcun modo la teoria sulla struttura dell'ordinamento giuridico. Bobbio sottolinea chiaramente questo aspetto: lo studio di Kelsen sulla struttura dell'ordinamento giuridico non viene in alcun modo intaccato dai nuovi studi provenienti dal mondo sociologico.

È questo l'aspetto forse più rilevante delle nuove riflessioni sulla funzione del diritto: l'autore afferma che gli studi di Kelsen sulla struttura dell'ordinamento giuridico sono pressoché irreversibili, come se rappresentassero un «punto limite» oltre il quale non si possa andare o una premessa di partenza per qualsiasi nuova teoria. Gli studi sulla funzione del diritto non sono un modo per confutare la teoria di Kelsen, per dichiarare inadeguata l'ossatura della dottrina pura del diritto; ciò che avviene in *Dalla struttura alla funzione* è l'esatto opposto: la dottrina kelseniana viene solidificata e cristallizzata nei suoi nodi fondamentali. Il diritto quale ordinamento nomodinamico di norme, la norma come giudizio ipotetico e la costruzione a gradi dell'ordinamento giuridico costituiscono le premesse teoriche di qualsiasi nuova teoria.⁴²⁹

Bobbio non intende nemmeno destrutturare l'autonomia della scienza normativa, elaborando una dottrina "impura" che si confonda con la sociologia del diritto; al contrario, egli propone un processo di avvicinamento e di integrazione tra le due differenti discipline. La sociologia e la teoria del diritto devono rimanere distinte, ma non separate: la comunicazione tra le due discipline è necessaria per interpretare e capire la realtà giuridica.⁴³⁰

Questo processo di integrazione, e non di confusione, è possibile solo grazie agli studi di Kelsen sull'autonomia metodologia della scienza normativa: solo grazie alla distinzione del metodo sociologico dal metodo normativo e grazie alla distinzione tra l'oggetto delle scienze naturali e quello delle scienze giuridiche, è possibile creare un processo di integrazione tra le due discipline, senza cadere in un mero "sincretismo metodologico."

⁴²⁹ "Si osservi bene: tutto quello che è stato detto sin qui sulla funzione promozionale del diritto non inficia per nulla i risultati dell'analisi strutturale kelseniana. Voglio dire che l'analisi strutturale dell'ordinamento giuridico è in grado di assorbire senza troppo scompiglio i mutamenti introdotti dall'analisi funzionale. Dal punto di vista strutturale le due teorie principali del Kelsen sono, nella nomostatica, la teoria della norma giuridica come giudizio ipotetico che collega condizione e conseguenza mediante il nesso d'imputazione, nella nomodinamica, la teoria della costruzione a gradi dell'ordinamento." Norberto Bobbio, *Dalla struttura alla funzione*, cit., pag. 86.

⁴³⁰ "Avvicinamento non vuol dire confusione. L'interdisciplinarietà presuppone pur sempre una differenza tra diversi approcci. È incredibile come si passi facilmente da un estremo all'altro secondo che tira il vento: dal tecnicismo giuridico al sociologismo. Eppure, nonostante tutto l'aiuto che il giurista può e deve trarre dal sociologo, giurista e sociologo fanno due mestieri diversi. Non bisogna confondere i materiali di cui l'uno e l'altro possono disporre con il modo con cui questi stessi materiali vengono utilizzati. Si può dire, se pure con una certa approssimazione, che il giurista sta al sociologo, e in genere allo scienziato sociale, come il grammatico sta al linguista" Norberto Bobbio, *Dalla struttura alla funzione*, cit., pag. 58.

L'autonomia della metodologia della scienza normativa è stata raggiunta grazie agli studi di Kelsen sul principio di imputazione che ha conferito alla scienza giuridica un'identità metodologica, distinguendola da tutte le altre scienze sociali. Bobbio propone un processo di integrazione tra la scienza normativa ed il mondo sociologico, ma senza in alcun modo disperdere il patrimonio metodologico ereditato dagli studi kelseniani. La scienza giuridica deve rimanere autonoma, distinta dalle altre discipline: non si può comprendere il diritto se non dal materiale normativo osservandolo come complesso di norme facente parte di un sistema complesso. L'inadeguatezza contestata alla teoria kelseniana riguarda l'esclusiva attenzione data alla forza coercitiva per spiegare il fenomeno giuridico: la teoria di Kelsen è ritenuta troppo schiacciata sulla funzione repressiva dello Stato, non idonea a rappresentare tutti i nuovi compiti del diritto.⁴³¹ Il limite della teoria di Kelsen non rappresenterebbe la causa della sua confutazione, in quanto essa è perfettamente in grado di recepire le nuove trasformazioni, partendo dalle premesse teoriche consolidate sull'essenza dell'ordinamento giuridico. Anche Kelsen, nel corso degli anni, ha ammorbido le sue posizioni sul ruolo degli studi sociologici, attraverso gli studi sul problema della giustizia, senza proporre, però, un'integrazione con la teoria generale del diritto, ma piuttosto una comunicazione che permettesse di analizzare il fenomeno giuridico da più angoli di osservazione. Bobbio, al contrario, propone una vera integrazione fissando, però, le premesse da non oltrepassare: la struttura kelseniana dell'ordinamento giuridico e lo snaturamento della metodologia della scienza normativa.⁴³²

Tali conclusioni ci consentono di rilevare che i saggi raccolti nella *Dalla struttura alla funzione* rappresentano il punto di arrivo di un processo di rinnovamento della scienza giuridica, ma non un suo stravolgimento.

Questo processo era partito dalla metà degli anni '60 dopo il confronto con Matteucci che ha segnato una prima svolta. In quelle pagine si possono scorgere le diffuse forme di insoddisfazione, a tratti di insofferenza, della teoria gius-positivista, giudicata non adatta a cogliere le istanze di una società che reclamava un cambiamento. Nella lettera privata rivolta a Matteucci, l'autore difendeva le conclusioni raggiunte in *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, spiegando tra le righe, quale fosse il reale sentimento politico dietro la scelta per la neutralità della scienza giuridica e, in generale, per la dottrina kelseniana. Le trasformazioni della società della seconda metà degli anni '60, la crisi del positivismo

⁴³¹ "Ogni qualvolta ripete la sua definizione del diritto come ordinamento coattivo ha cura di precisare che il diritto è tale perché è in grado di procurare del male, se pure sotto forma di privazione di beni, al violatore delle norme. Ordinamento coattivo e ordinamento basato su sanzioni negative sono nel suo linguaggio sinonimi. Ma ormai si va sempre più imponendo all'osservatore spregiudicato la constatazione che da quando lo stato ha cessato di essere indifferente allo sviluppo economico, la funzione del diritto ha cessato di essere esclusivamente protettivo-repressiva." Norberto Bobbio, *Dalla struttura alla funzione*, cit., pag. 214.

⁴³² "Ciò che Kelsen ha detto intorno alla struttura dell'ordinamento giuridico resta perfettamente in piedi anche dopo gli sviluppi recenti dell'analisi funzionale. La costruzione del diritto come sistema normativo dinamico non è minimamente intaccata dalle rilevazioni che riguardano il fine del diritto. (...) Anzi, la specificità dell'ordinamento giuridico rispetto ad altri ordinamenti sociali, rimane ancora una volta affidata alla tipicità della sua struttura e non alla sua funzione che, quale essa sia, si esplica nella forma che è propria di un ordinamento dinamico. La svolta che la teoria pura del diritto ha rappresentato nello sviluppo della giurisprudenza teorica è insomma una di quelle svolte oltre cui è possibile andare avanti ma da cui non è lecito tornare indietro." Norberto Bobbio, *Dalla struttura alla funzione*, cit., pag. 215.

giuridico, l'incontro epistolare con Genaro Carriò e gli studi funzionalistici, indirizzano Bobbio verso una parziale rivisitazione delle proprie posizioni. Già nei saggi raccolti all'inizio degli anni '70 nel lavoro *Studi per una teoria generale del diritto*, si avverte la volontà di riesplorare alcune rigide posizioni precedenti; in *Essere e dover essere nella scienza giuridica* del 1967 si riscontra un indebolimento della funzione meramente descrittiva della scienza giuridica e l'incoraggiamento per un ruolo più attivo del giurista-teorico. Nei saggi raccolti in *Dalla struttura alla funzione* del 1977, il processo di rivisitazione della scienza giuridica, intervallati dal passaggio alla cattedra di filosofia politica, raggiunge il suo punto più alto, quando chiaramente si afferma la necessità di riformare la scienza giuridica per intercettare le nuove istanze filosofiche. La riforma della scienza giuridica non si dirige verso una soluzione giusnaturalistica o verso una sconfessione della teoria kelseniana; al contrario, tale processo di revisione ha come base proprio la teoria di Kelsen, che diviene il punto di partenza di qualsiasi nuova teoria del diritto.

Bobbio afferma l'inadeguatezza di alcune premesse radicali della teoria kelseniana, rileva la centralità della funzione repressiva del diritto nella descrizione del fenomeno giuridico, ma difende le conclusioni teoriche sulla struttura dell'ordinamento giuridico: la struttura nomodinamica dell'ordinamento giuridico rappresenta un punto di arrivo dal quale non si può più tornare indietro. Le teorie funzionalistiche non intaccano la purezza della scienza normativa: la scienza normativa continua ad avere una propria metodologia, senza confondersi con la sociologia, né intende recepire giudizi di valore provenienti da un'idea trascendente di giustizia. La scienza giuridica, semplicemente, diviene «matura»: possedendo una propria identità metodologica può integrare i propri studi con quelli sociologici, la propria struttura con le prospettive teleologiche, senza snaturare la propria metodologia. La teoria normativa rimane scienza e non diventa terreno di scontri ideologici; essa esce dal proprio isolamento, aprendo alla possibilità di osservare la realtà da nuovi punti di vista. Il valore ideologico democratico sotteso al positivismo giuridico metodologico rimane intatto: sono proprio le istanze della nuova democrazia costituzionale che sollecitano l'autore ad un cambio di prospettiva, ma senza perdere l'ideale della scienza come «coesistenza dei saperi». Queste conclusioni influenzeranno tutta la letteratura costituzionale successiva, quando si arriverà ad attribuire al giurista teorico un ruolo più incisivo di critica valutativa sulla base dei nuovi principi rigidi costituzionali. La struttura kelseniana non verrà mai abbandonata da Bobbio, nemmeno quando approderà al mondo della filosofia politica.

Il positivismo metodologico teorizzato nel 1965, ereditato dall'interpretazione della teoria kelseniana, distingue la teoria del diritto dalla filosofia della giustizia, con l'intento di separare i giudizi empirici sulla struttura dell'ordinamento giuridico dai giudizi di valore sulla qualità delle norme giuridiche. Allo stesso modo, Bobbio, quando approderà nel mondo della filosofia politica, si porterà dietro gli stessi schemi acquisiti nella teoria del diritto, distinguendo la scienza politica dalla filosofia politica: la prima come disciplina descrittiva dei fenomeni della realtà politica, la seconda come promotrice di giudizi di valore relativi alla legittimazione del potere.⁴³³ Ciò rappresenta un'altra prova che la

⁴³³ "La scienza politica, in fondo, è essenzialmente una disciplina descrittiva, esplicativa. La sua finalità è quella di cercare di spiegare i fenomeni che si presentano alla sua osservazione. Ma, oltre alla necessità della

metodologia kelseniana rappresenta per Bobbio una premessa di partenza per qualsiasi nuova riflessione sul fenomeno giuridico.

8. *L'analisi critica del rapporto tra diritto e potere applicato alla teoria a gradi dell'ordinamento giuridico*

Kelsen non sparirà mai completamente dall'orizzonte delle ricerche di Bobbio, nemmeno durante gli anni dedicati alla filosofia politica. I temi affrontati dalla teoria politica sono ben diversi dalle analisi di teoria del diritto, ma le due discipline rimangono interconnesse; ogni elemento di teoria politica rimanda a nozioni provenienti dalla teoria del diritto. Lo confermano i continui riferimenti alla teoria di Kelsen fatti da Bobbio sul rapporto tra il diritto e il potere relativamente al fondamento dell'ordinamento giuridico.

Dopo il passaggio alla cattedra di filosofia politica, il punto centrale della teoria politica di Bobbio è rappresentato dalla nozione di potere, ma i quesiti fondamentali sono gli stessi di quelli della teoria generale del diritto, ovvero il problema del fondamento e della legittimazione dell'ordinamento giuridico.

Dalla metà degli anni '70 iniziano profonde riflessioni sull'interconnessione tra il diritto e potere, già oggetto in passato di alcuni saggi di Bobbio, che culminano in un lavoro di grande rilevanza intitolato *Diritto e potere*, nel quale vengono riuniti diversi saggi che collegano la nozione di potere, propria della teoria politica, alle riflessioni kelseniane sulla norma fondamentale. Già nella *Teoria generale del diritto*, l'autore, riflettendo sulla teoria a gradi dell'ordinamento, evidenzia lo stretto rapporto tra il potere e il dovere, descrivendo l'ordinamento giuridico come una piramide composta dall'alternarsi di processi di esecuzione e produzione giuridica.⁴³⁴

Con il passare del tempo, il tema del potere acquisisce sempre più importanza nelle riflessioni sul fenomeno giuridico, divenendo una nozione centrale per comprendere il problema della legittimazione dell'ordinamento giuridico. Nel saggio *Sul principio di legittimità* del 1964, il potere e il diritto sono definiti come "due facce della stessa medaglia", da cui si comprende l'inizio di una riflessione profonda sul tema del potere, le cui caratteristiche divengono fondamentali per comprendere il fenomeno giuridico.⁴³⁵ Questo è

spiegazione della realtà, esiste un altro problema: quello della legittimazione. Non è possibile risolverlo unicamente con l'osservazione empirica del dato di fatto della situazione reale. (...) Qui si verifica una 'presa di posizione' di fronte alla realtà- Non c'è più una constatazione oggettiva, 'scientifica' di fronte alla realtà. Non c'è più constatazione oggettiva, 'scientifica' di un fatto; ma un confronto soggettivo del fatto stesso con un sistema di principi: un 'giudizio di valore' espresso alla luce di una concezione generale." Norberto Bobbio, *Il problema del potere*, a cura di Tommaso Greco, Giappichelli, Torino, 2020, pagg. 6-7.

⁴³⁴ "Questo duplice processo ascendente e discendente può essere chiarito anche con altre due nozioni caratteristiche del linguaggio giuridico: potere e dovere. Mentre la produzione giuridica è l'espressione di un *potere* (originario o derivato), l'esecuzione rivela l'adempimento di un *dovere*" Norberto Bobbio, *Teoria generale del diritto*, cit., pag. 184.

⁴³⁵ "Questa corrispondenza tra i problemi della giustificazione del potere e quello della giustificazione della norma giuridica non costituisce una sorpresa per chi consideri che il potere e la norma sono due facce della

l'inizio del processo di accostamento e di progressivo avvicinamento tra la nozione di potere e quella di diritto, tra la teoria politica e la teoria generale del diritto: il diritto e il potere sono definiti come elementi interdipendenti.

In *Diritto e potere* l'autore riflette sul tema del potere nella teoria kelseniana, rilevando la progressiva crescita dell'importanza di questo tema nei lavori del giurista austriaco, in quanto la nozione di potere, nelle opere di Kelsen, è inizialmente collegata a quella di diritto soggettivo.

Bobbio spiega che il problema del potere non va confuso con quello della forza, usando Kelsen due espressioni "*gewalt*" e "*macht*" che si traducono entrambe con 'potere', ma "*macht*" può anche essere tradotto con la mera forza fisica esprimente una relativa potenza. Il diritto soggettivo assume nelle opere di Kelsen una significativa importanza, rappresentando la possibilità giuridica di mettere in moto la sanzione giuridica dipendente dall'azione di un soggetto. In altre parole, il diritto soggettivo concerne quella situazione giuridica nella quale è l'azione del soggetto, portatore di un determinato interesse, a iniziare il processo di esecuzione della sanzione giuridica contro un altro soggetto. Tale possibilità giuridica esprime la partecipazione del soggetto alla creazione del diritto oggettivo, rientrando in questa tecnica specifica anche l'attribuzione dei diritti politici. Nel corso del tempo la nozione di diritto soggettivo si collega al concetto di potere giuridico, definito quale capacità di creare ed applicare norme giuridiche.⁴³⁶

Bobbio evidenzia come, in epoca più tarda, e precisamente nella *Teoria generale delle norme*, la nozione di potere giuridico viene scollegata da quella di diritto soggettivo, assumendo una posizione autonoma all'interno della descrizione dell'ordinamento giuridico: il potere giuridico è definito come l'autorizzazione data dall'ordinamento a determinati soggetti giuridici di produrre o applicare norme giuridiche.

Il potere giuridico viene così ad assumere, al pari della norma giuridica, un ruolo di primo piano all'interno dell'ordinamento, rappresentando il fondamento normativo che giustifica la produzione o l'applicazione della legge. Nel momento in cui la nozione di potere giuridico acquisisce una dignità autonoma di significato, si può rilevare la stretta connessione con la norma giuridica.

Il potere giuridico fonda la possibilità di produrre o applicare norme giuridiche; inizia ad essere elaborato un particolare intreccio tra il potere e la norma: la norma giuridica per poter essere formulata o applicata necessita del potere giuridico, ma il potere giuridico è garantito solo dall'esistenza di una norma. In questo modo il potere e la norma sono interdipendenti: la norma ha bisogno del potere per esistere e viceversa.⁴³⁷ Non solo, il concetto di potere è

stessa medaglia. Il potere nasce da norme e produce norme; la norma nasce da potere e produce altri poteri." Norberto Bobbio, *Studi per una teoria generale del diritto*, cit., pag. 71.

⁴³⁶ "Siccome il termine <<potere giuridico>> è il termine che indica in generale la capacità attribuita ad un soggetto di produrre norme giuridiche, non importa se generali o individuali, la definizione del diritto soggettivo in senso tecnico come potere giuridico fa della teoria del diritto soggettivo in senso tecnico una sezione della teoria generale della produzione giuridica, tradizionalmente delle fonti del diritto." Norberto Bobbio, *Diritto e potere*, cit., pag. 129.

⁴³⁷ "Una volta definito il potere giuridico come il potere di produrre o applicare norme giuridiche, i due concetti di norma e potere si richiamano l'uno con l'altro. L'uno non può stare senza l'altro. Ritengo che si possa addirittura dire che la teoria pura del diritto in quanto teoria del diritto positivo è insieme una teoria del diritto come norma e del diritto come potere." Norberto Bobbio, *Diritto e potere*, cit., pag. 137.

fondamentale e conseguenziale alla stessa positivizzazione del diritto, nel senso che una vera teoria gius-positivistica attribuisce al potere, anche implicitamente, un ruolo di primo piano. In altre parole, il tema dell'artificialità del diritto, elemento chiave di ogni teoria gius-positivistica, fondandosi sulla produzione delle norme e sull'autoriproduzione dell'ordinamento giuridico, sottintende l'esistenza di tanto poteri autorizzati dall'ordinamento a formulare e applicare le leggi. Da queste prime riflessioni già si può comprendere la complessità di questo discorso che unisce l'essenza della teoria gius-positivistica con l'interdipendenza della norma e del potere e questo intreccio può comprendersi ancora meglio grazie alla teoria a gradi dell'ordinamento giuridico.

La tesi sulla costruzione a gradi dell'ordinamento giuridico, nei saggi di *Diritto e potere*, viene esaminata dall'autore in una chiave diversa, nell'intento di comprendere quale sia il termine ultimo capace di legittimare l'ordinamento: al vertice della piramide dell'ordinamento si trova il potere ultimo o la norma fondamentale? Se il potere e la norma giuridica hanno bisogno l'uno dell'altro per esistere, se la teoria a gradi dell'ordinamento giuridico spiega che il più piccolo atto normativo posto in basso alla piramide del sistema trova il fondamento nel suo vertice, cosa si trova nel posto più in alto, il potere o il diritto?⁴³⁸ Bobbio cerca di rispondere a questo quesito confrontando le riflessioni kelseniane della seconda edizione della dottrina pura del diritto con le nozioni teoriche sulla sovranità, provenienti dalla teoria politica. A questo proposito, il filosofo torinese fa riferimento al passo della seconda edizione della *Dottrina pura del diritto* del 1960, quando Kelsen, per spiegare la costruzione a gradi dell'ordinamento, fa un parallelo tra il significato della norma giuridica ed il significato di un qualsiasi comando dato da un "brigante" contro un altro soggetto.

Questo paragone è di forte impatto perché, oltre a occuparsi della ricerca dell'elemento che legittima l'ordinamento giuridico, mostra la differenza tra il modo di analizzare l'ordinamento giuridico da parte della dottrina pura del diritto e i risultati teorici di una dottrina imperativista. Il quesito che si propone di affrontare questo paragone è indubbiamente complesso: quale differenza c'è tra un potere di fatto e un potere legittimato dal diritto?

In altre parole, la teoria gius-positivistica, rifiutando ogni origine trascendente del fenomeno giuridico, come fa legittimare un ordinamento giuridico rispetto ad un altro? Apparentemente l'ordine imposto da un brigante e la norma giuridica possono avere lo stesso senso soggettivo: imputano una conseguenza negativa ad una premessa condizionante per ottenere un comportamento desiderato. Ciò che, però, distingue una norma giuridica da un mero comando è il suo significato oggettivo, in quanto la norma giuridica fonda il contenuto della sua prescrizione su un'autorizzazione: l'autorizzazione è il senso oggettivo dell'atto giuridico in cui risiede la propria forza vincolante.⁴³⁹ La norma

⁴³⁸ "Ebbene nel sistema tradizionale un potere inferiore procede da un potere superiore sino a che si arriva necessariamente a un potere al di sopra del quale non c'è alcun altro potere; nel sistema kelseniano, una norma inferiore procede da una superiore sino a che si arriva necessariamente ad una norma al di sopra della quale non esiste alcun'altra norma." Norberto Bobbio, *Diritto e potere*, cit., pag. 138.

⁴³⁹ "Il comando non autorizzato ha soltanto il senso soggettivo dell'atto di comando, in quanto è un comando solo per colui che lo emana non per colui che è rivolto. Solo il comando autorizzato ha anche il senso oggettivo dell'atto di comando, il che significa che << solo il comando autorizzato è una norma, vincolante per i

giuridica, in sostanza, rispetto al comando del brigante possiede una forza vincolante autorizzata che può comprendersi solo con la teoria della costruzione a gradi di Kelsen, osservando il complesso funzionamento del sistema giuridico.

Un atto giuridico trova la sua autorizzazione nell'essere stato predisposto da un potere autorizzato da una norma superiore: il senso oggettivo della prescrizione giuridica è l'esser stato autorizzato da una norma di carattere superiore. L'ordinamento giuridico è una catena di atti interdipendenti, uniti e legati l'uno all'altro ed ogni contenuto normativo ritrova il suo fondamento giuridico in una norma di carattere superiore.

Tramite questo riferimento si può comprendere il senso dello stretto rapporto tra la norma e il potere: una norma giuridica è vincolante perché prodotta da un potere autorizzato da una norma di carattere superiore; le norme e poteri si uniscono in una "spirale": ogni potere crea una norma e viceversa, così fino al vertice dell'ordinamento. Questo complesso meccanismo manca nel mero comando ordinato da un qualsiasi brigante: il comando esprime la minaccia di una conseguenza, ma non l'autorizzazione legale di essa.⁴⁴⁰

Il ragionamento diviene più complesso se, invece di considerare il comando isolato di un brigante, si confronta il senso soggettivo di una norma giuridica con il comando espresso da una banda organizzata che esercita in maniera sistematica delle azioni dello stesso tipo su un determinato territorio.

Tale scenario non interessa più la singola distinzione tra norma giuridica e comando, ma riguarda la questione più complessa della giuridicità di un intero ordinamento rispetto all'organizzazione di una banda di briganti. Il confronto tra i due elementi non è altro che il passaggio dal livello nomostatico della norma a quello nomodinamico dell'ordinamento e la soluzione che da Kelsen è ben nota ed è una soluzione oggetto di molte controversie: l'ordinamento giuridico presuppone una norma fondamentale al vertice del suo sistema perché esso possiede quell'efficacia continua di cui è sprovvista la banda dei briganti che non riesce a produrre sul territorio delle misure effettive e continue.⁴⁴¹

La banda di briganti non avrebbe la stessa autorità legale di un ordinamento giuridico poiché i suoi atti sono sprovvisti dell'elemento dell'effettività continua, assunto come condizione dell'autorità legale di ogni ordinamento giuridico.

L'effettività, considerata quale condizione della giuridicità dell'ordinamento giuridico, comporta diversi interrogativi sul fondamento del diritto e in *Diritto e potere* la questione è esaminata con dei risvolti differenti rispetto al passato. Il principio di effettività, come condizione di giuridicità dell'ordinamento, disvelerebbe il carattere fattuale del diritto e la

destinatari... Solo così si può distinguere il comando di un bandito dal comando di un'autorità morale o giuridica." Norberto Bobbio, *Diritto e potere*, cit., pag. 142.

⁴⁴⁰ "Se si tratta dell'atto isolato di un singolo individuo, esso non può essere qualificato come atto giuridico ed il suo senso non può essere considerato come una norma giuridica già per il fatto che il diritto, come si è messo in rilievo, non è una singola norma, bensì un sistema di norme un ordinamento sociale, ed una particolare norma è da considerarsi norma giuridica solo nella misura in cui appartiene a tale ordinamento." Hans Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit., pag. 60.

⁴⁴¹ "Conosciamo bene la soluzione che Kelsen ha dato a questo rompicapo: un ordinamento giuridico è valido solo se è anche efficace, cioè se le norme che esso produce sono a grandi linee (*im grossen und ganzen*) osservate. Ciò che manca alla banda di briganti, posto che i suoi atti vengono abitualmente colpiti dall'ordinamento statuale come illeciti, è l'effettività. (...) A ben guardare allora il termine ultimo del raffronto è l'efficacia continua, più esattamente, quale delle due sia più continua." Norberto Bobbio, *Diritto e potere*, cit., pag. 144.

sua origine nel fatto: se è il fatto ad attribuire giuridicità all'ordinamento, la presupposizione della norma fondamentale sarebbe un mero artificio, sostanzialmente inutile.⁴⁴²

L'efficacia continua, come condizione di giuridicità di un ordinamento giuridico, rivelerebbe il carattere meramente formale della norma fondamentale e l'origine fattuale del diritto. Per Bobbio tale soluzione sarebbe un ritorno al passato: nella *Consuetudine come fatto normativo* del 1942 l'autore evidenziava quanto ribadisce in *Diritto e potere*, ovvero che, una volta scartata una soluzione giusnaturalistica, non resta altro da fare che ricondurre il diritto al mero fatto.⁴⁴³ Se la condizione di giuridicità dell'ordinamento giuridico non è la norma fondamentale, ma l'efficacia continua del potere, allora la disputa sul vertice del sistema normativo non avrebbe più senso di esistere: è il potere a chiudere il vertice di un ordinamento giuridico, non la norma fondamentale, la cui nozione è stata ideata per pura correttezza formale.⁴⁴⁴

Già qualche anno più tardi, nel saggio *Dal potere al diritto e viceversa*, pubblicato nel 1982, la posizione dell'autore è più cauta rispetto alla complessa questione, affermando che non vi sia una reale soluzione al problema. Il potere ultimo e la norma fondamentale rappresentano due modi diversi di interpretare il fenomeno giuridico, da due prospettive differenti: la teoria politica, analizzando il sistema normativo come piramide di poteri, identifica la sovranità come vertice del sistema; la teoria di Kelsen, analizzando il sistema giuridico quale piramide di norme, chiude il sistema con la norma fondamentale. Non vi sarebbe una conclusione giusta, ma soli due modi diversi di interpretare la piramide di fonti normative.⁴⁴⁵

Le conclusioni di Bobbio sulla interpretazione della norma fondamentale comportano la formulazione di analoghi quesiti già affrontati a proposito della svolta funzionalista: la tesi della 'inutilità' della norma fondamentale rappresenta un definitivo abbandono di Kelsen?

⁴⁴² "La teoria normativa del diritto è la riprova storica più convincente che, una volta scartata la soluzione giusnaturalistica, secondo cui è diritto ciò che è giusto, non c'è altra soluzione che quella secondo cui è diritto ciò che è di fatto abitualmente osservato (che è poi la vecchia tesi di Austin): ex facto oritur ius. Insomma, la norma fondamentale avrebbe la funzione di trasformare il potere in diritto. Ma esiste un diritto senza potere?" Norberto Bobbio, *Diritto e potere*, cit., pag. 146.

⁴⁴³ "Il diritto riposa sul fatto? È d'uopo ripetere che la cosa può dispiacere al moralista che vigila in ognuno di noi, ma non è per questo meno vera; e che là dove è questione d'indagine e di chiarificazione concettuale la voce del moralista, la quale è così saggia nel propugnare riforme e nello spingere all'azione, deve essere messa, per quanto ci possa costare un grande sforzo, in tace." Norberto Bobbio, *La consuetudine come fatto normativo*, cit., pag. 70.

⁴⁴⁴ "Non si capisce infatti per quale ragione, se non quella di una pura correttezza formale, sia necessario chiudere l'ordinamento giuridico con una norma ultima, anziché con un potere ultimo (...) Ma poi quando, arrivati alla norma delle norme, questa rinvia al potere dei poteri (nel senso che un ordinamento giuridico è tale solo se è più efficace della banda dei briganti o del partito armato che cerca di prendere il potere ma non ci riesce), bisogna pure riconoscere che ciò che chiude il sistema non è la norma, ma il potere." Norberto Bobbio, *Diritto e potere*, cit., pag. 145.

⁴⁴⁵ "Esemplificando, per la teoria normativa è la norma fondamentale che istituisce il poter di produrre norme giuridiche valide in un determinato territorio e nei riguardi di una determinata popolazione; per la teoria politica, è il potere costituente che crea insieme di norme capaci di vincolare il comportamento degli organi dello Stato e in seconda istanza dei cittadini (...) Se le due scale finiscano nella norma fondamentale o nel potere sovrano dipende manifestamente ancora una volta dal diverso punto di partenza. Ma la scelta dell'uno o dell'altro punto di partenza è soltanto questione di opportunità." Norberto Bobbio, *Diritto e potere*, cit., pagg. 187-188.

Definire il potere quale termine ultimo della piramide giuridica rappresenta un arretramento della funzione della norma relativamente al fondamento e alla legittimazione del diritto? Anche in questo caso, in maniera analoga a quanto già rilevato per la svolta funzionalistica, bisogna rilevare che Bobbio non abbandona mai del tutto le riflessioni kelseniane, anche durante l'insegnamento di filosofia politica.

I nuovi studi sul potere costituiscono un ampliamento delle teorie kelseniane ed anche in questo caso il punto di partenza è sempre la struttura dell'ordinamento giuridico di Kelsen. Le nuove analisi di Bobbio sul ruolo del potere partono, come nel caso della funzione, sempre dalla costruzione a gradi dell'ordinamento giuridico. Anzi, la riconduzione del diritto al fatto è costruita proprio sulla tesi kelseniana dell'efficacia quale condizione di validità dell'ordinamento giuridico. L'intera riflessione sull'intreccio tra diritto e potere da cui scaturisce la tesi sulla 'inutilità' della norma fondamentale è costruita sulla teoria a gradi dell'ordinamento di Kelsen.

Bobbio riprende la teoria della "*summa potestas*" nelle analisi strutturali di Kelsen, le quali rappresentano, anche in questo caso, un punto di partenza di ogni nuova teoria. L'autore dimostra, anche in questo caso, come la teoria della norma quale giudizio ipotetico e la struttura a gradi dell'ordinamento giuridico sono delle premesse teoriche di qualsiasi nuova riflessione sul fenomeno giuridico. Le riflessioni di Bobbio sul potere, più che confutare la teoria della norma fondamentale, ribadiscono l'operazione di revisione della scienza giuridica iniziata qualche anno prima, consistente nell'integrazione della dottrina kelseniana con le nuove discipline, quali la sociologia del diritto e la teoria politica. La teoria generale del diritto ha acquisito una sua identità con la dottrina kelseniana: ciò permette alla teoria del diritto di poter dialogare con le altre discipline, senza perdere la propria autonomia metodologica, in modo tale da osservare il diritto da più punti di vista.

Non vi è una confutazione della teoria kelseniana, ma un suo ampliamento, una sua integrazione con i nuovi studi che cercano di rispondere alle istanze di un mondo in costante movimento e trasformazione. Le riflessioni sul potere rappresentano ancora di più come non si possa comprendere il funzionamento dell'ordinamento giuridico senza partire dal punto di vista normativo, di derivazione, appunto, kelseniana. La tesi relativa alla legittimazione dell'ordinamento è una questione complessa che non si arresta al saggio sulla norma fondamentale.

La questione è, infatti, ripresa da Bobbio, che, in più passaggi, evidenzia che la legittimazione dell'ordinamento giuridico riguarda molteplici fenomeni, escludendo la possibilità di ridurre il fondamento del diritto al potere di fatto.

In un passo della *Teoria generale della politica*, l'autore, come sottolineato anche da Tommaso Greco⁴⁴⁶, ritorna sul particolare rapporto tra diritto e potere in relazione al fondamento del diritto, affermando che è un grave errore credere che la legittimazione di un ordinamento si fondi sul mero potere di fatto: qualsiasi evento originario di una comunità necessiterebbe sempre del diritto per poter istituzionalizzarsi e legittimarsi giuridicamente.

L'effettività quale condizione di giuridicità di un ordinamento smentisce, al contrario, che la legittimazione del diritto possa fondarsi su un mero evento originario, atteso che

⁴⁴⁶ Norberto Bobbio, *Il problema del potere, introduzione al corso di scienza della politica*, a cura e con un saggio introduttivo di Tommaso Greco, Giappichelli, Torino, 2020, introduzione pag. LI.

l'efficacia continua è un elemento che dipende dalla formazione di più fattori, tra cui, *in primis*, la legittimazione del fatto tramite il diritto e non il contrario: "Ma è un errore grave, in cui cadono di solito coloro che guardano al rapporto complesso tra diritto e potere soltanto dalla parte del potere e non del diritto, il ritenere che la continuità di un potere esclusivo su un determinato territorio sia un mero fatto. Si tratta invece del risultato di una miriade di comportamenti orientati verso l'obbedienza e l'accettazione delle norme emanate dai detentori del potere che non possono essere spiegate deterministicamente come se fossero fatti naturali, ma debbono essere interpretati nelle loro motivazioni, tra cui vi è certamente anche quella della validità delle norme del sistema."⁴⁴⁷

La centralità del diritto per la legittimazione del potere è sottolineata anche in qualche riga successiva dello stesso passo quando dal tema della legittimazione ci si sposta al tema della legalità del potere, ovvero al tema non del fondamento, ma dell'esercizio di esso. Il potere legale è il potere che viene esercitato nei limiti stabiliti dalla legge; un potere illegale è un potere che travalica i limiti posti dalla legge, dunque, arbitrario. Un potere illegale è un potere delegittimato: il potere, senza diritto, rimane semplicemente potere, non capace di acquisire alcuna forza e legittimazione giuridica.⁴⁴⁸

La legalità del potere, ovvero i limiti legali che il potere deve rispettare per essere legale, è rappresentato dal costituzionalismo che nel corso del tempo acquisisce un tema centrale nelle riflessioni del filosofo torinese, ritenendo che la stagione delle costituzioni rigide abbiano attribuito ai diritti costituzionali un nuovo ruolo prioritario nella legittimazione del potere.⁴⁴⁹

Tutte queste riflessioni sul nuovo ruolo dei diritti influenzeranno tutte le correnti culturali del costituzionalismo contemporaneo, incentrate sul ruolo valutativo della scienza giuridica, tramite il riferimento comparativo «positivo» dei diritti costituzionali sovraordinati. Il richiamo alla centralità del diritto nella legittimazione dell'ordinamento è da attribuirsi proprio al ruolo della costituzione e alla nuova idea di democrazia costituzionale come limite all'azione del potere politico.

Il rapporto tra il diritto e il potere viene portato ad un livello alto di interconnessione in cui non vi è un elemento che prevale sull'altro, ma il diritto è considerato ciò che rende un potere legittimo e legale. Si può, quindi, riscontrare che, con il passare del tempo, la disputa

⁴⁴⁷ Norberto Bobbio, *Teoria generale della politica*, a cura di Michelangelo Bovero, Einaudi, Torino, 2009, pag. 182.

⁴⁴⁸ "Vi è infine un altro aspetto del rapporto fra potere e diritto che merita di essere considerato: si tratta del problema della legalità del potere, che riguarda non più chi ha il diritto di governare ma il modo in cui il potere di governo deve essere esercitato. Quando si esige che il potere sia legittimo, si chiede che colui che lo detiene abbia il diritto di averlo. Quando si invoca la legalità del potere, si domanda che chi lo detiene lo eserciti non secondo il proprio capriccio ma in conformità di regole stabilite ed entro i limiti di queste. Il contrario del potere legittimo è il potere di fatto, il contrario del potere legale è il potere arbitrario." Norberto Bobbio, *Teoria generale della politica*, cit., pag. 182.

⁴⁴⁹ "Dall'antichità classica l'idea del primato del governo delle leggi si tramanda al pensiero giuridico medievale, quindi dal pensiero medioevale senza soluzione di continuità al pensiero moderno e raggiunge la propria perfezione nella dottrina del << costituzionalismo >>, secondo la quale non c'è più alcuna differenza tra governanti e governati rispetto all'impero della legge, perché anche il potere dei governanti è regolato da norme giuridiche (sono le norme costituzionali) e deve essere esercitato nel rispetto di queste regole." Norberto Bobbio, *Teoria generale della politica*, cit., pag. 183.

o la contrapposizione tra il potere e il diritto scompare per lasciare spazio ad una ricerca che cerchi di rappresentare l'eguale importanza della norma e del potere per la creazione e la conservazione di un ordinamento giuridico. L'ordinamento giuridico è un sistema complesso e la sua legittimazione è da ricondurre a diversi meccanismi che non possono essere ridotti alla prevalenza di un aspetto rispetto ad un altro. La complessità del problema e l'interconnessione costante tra il fatto e la norma, tra l'essere e il dover essere, era già stata sottolineata nel saggio *Sul principio di legittimità* del 1964, scritto e pubblicato quando l'autore insegnava ancora la teoria generale del diritto. È un saggio di significativa importanza, poiché anticipa nel 1964 ciò che diverrà disputa negli anni successivi, dando una soluzione per certi versi simile a quella del 1982. Nel saggio vengono paragonati gli attributi del potere e quelli del diritto, sottolineandone l'intima relazione tra le due nozioni e il loro ruolo per la legittimazione dell'ordinamento giuridico. I tre attributi del potere quali legalità, legittimità ed effettività vengono messi in relazione con i corrispettivi della norma, quali la validità, la giustizia e l'efficacia.

Vi è una corrispondenza stretta tra il potere e la norma: ogni attributo del potere richiama quelli della norma, in un rapporto di reciproca dipendenza e 'presupposizione': un potere legale è un potere che esercita la sua azione rispettando i confini normativi e producendo norme valide; la validità delle norme presuppone la legittimità del potere che produce quegli atti normativi; a sua volta, un potere legittimo e legale è la presupposizione necessaria per valutare la giustizia delle leggi che esso produce.

Le norme hanno bisogno del potere per poter esistere, ma quest'ultimo, senza le norme, non è mai valido o legittimo. L'interconnessione tra gli attributi della norma e quelli del potere, anche in questo caso, è evidenziata tramite la costruzione a gradi kelseniana, studiando il sistema giuridico come una piramide circolare composta dall'alternarsi di poteri e doveri: procedendo dal basso verso l'alto si può osservare una concatenazione costante di poteri e norme che creano un alternarsi di legalità e legittimità.⁴⁵⁰

Il discorso diviene ancora più intricato se, affianco a questi "attributi", si aggiungono l'efficacia e l'effettività: come l'efficacia di una norma influenza la sua validità, così l'effettività dell'ordinamento influisce sulla legittimità del potere. Il potere, se non vuole essere arbitrario, deve rispettare i limiti e le forme stabilite dalla legge per poter essere legale: un potere legale presuppone norme valide, ma un potere per poter essere legittimo deve agire all'interno di un ordinamento giuridico nel suo complesso effettivo.

L'attributo della efficacia, così come quello della effettività, non può essere analizzato isolatamente dagli altri, ma tutti questi elementi sono assolutamente interconnessi: la legalità presuppone norme prodotte da un potere legittimo in conformità alle forme previste dall'ordinamento giuridico; la legalità delle norme dipende, quindi, dal complesso di norme secondarie che stabiliscono poteri. Le norme se prodotte e applicate in maniera legale rendono un potere legittimo e influiscono, insieme all'obbedienza spontanea, sull'effettività dell'ordinamento giuridico e dunque sulla sua validità. Validità, legalità, legittimità,

⁴⁵⁰ "1) la legalità del potere presuppone la validità della norma entro cui quel potere viene esercitato: la validità della norma rende possibile il giudizio sulla legalità o illegalità di un potere; 2) la validità della norma presuppone la legittimità del potere: norme valide sono quelle emanate da un potere legittimo; 3) la legittimità del potere presuppone la giustizia delle norme emanate da quel potere; potere legittimo è in ultima istanza quello che emana soltanto norme giuste." Norberto Bobbio, *Studi per una teoria generale del diritto*, cit., pag. 70.

efficacia ed effettività si influenzano l'un altro e concorrono vicendevolmente allo stesso risultato: la norma, il potere, la forza, la realtà sono elementi che non possono essere separati, ma concorrono tutti alla realizzazione e all'esistenza dell'ordinamento giuridico.⁴⁵¹ L'ordinamento giuridico può essere descritto come un movimento circolare della norma e del potere che si articola in una serie di fattori e azioni che concorrono insieme a formare il sistema piramidale di fonti. Non si può analizzare l'ordinamento giuridico guardando solo ad uno dei due elementi o solo ad uno degli attributi di cui si compone: il fenomeno giuridico è un fatto complesso e deve essere studiato nel suo insieme, cambiando e ampliando il proprio angolo di osservazione. L'efficacia non legittima da sola l'ordinamento: l'ordinamento ha bisogno della combinazione di tutti gli attributi descritti per poter formarsi e legittimarsi. In questi nuovi passaggi può cogliersi la maturità dello scienziato che non ricerca più di sciogliere dispute o elaborare nuovi riduzionismi, ma intende cogliere la complessità del sistema giuridico che si esprime nella rappresentazione degli intrecci dei diversi elementi che compongono l'ordinamento giuridico. I saggi sul potere e quelli sulla funzione dimostrano la volontà e la necessità di ampliare il discorso sul fenomeno giuridico con nuovi spunti provenienti dalle altre scienze sociali, ma tutti queste nuove riflessioni hanno la stessa premessa di partenza: gli studi kelseniani sulla struttura dell'ordinamento giuridico.

⁴⁵¹ "Parlando dei tre caratteri della norma giuridica – giustizia validità ed efficacia – ho avuto altre volte occasione di dire che questi tre caratteri non devono essere confusi l'uno con l'altro e tanto meno ridotti l'uno all'altro, perché tutti e tre insieme concorrono a formare la nozione di diritto. (...) Ma l'efficacia non è un fatto bruto, grezzo, e nemmeno poi tanto misterioso: un ordinamento è tanto più efficace quanto più è giusto, cioè quanto più è corrispondente ai bisogni e alle aspirazioni dei consociati. Così, giunti al fondo della scala, si è costretti a risalire in cima. Detto altrimenti, l'ordinamento non è un corpo in quiete ma un processo: si muove e si sviluppa nel tempo." Norberto Bobbio, *Studi per una teoria generale del diritto*, cit., pag. 76.

Conclusioni

Le tre fasi filosofiche di Norberto Bobbio, nonostante siano caratterizzate da un'eterogeneità di contenuti e da una diversità di stili, hanno in comune diversi punti. Il metodo storico scelto per questa ricerca ha permesso di cogliere l'evoluzione teorica delle riflessioni sul fenomeno giuridico, attraverso un processo di interpretazione e contestualizzazione dei contenuti. In questo modo si è potuto riscontrare che ogni tesi promossa dall'autore sia stata la conseguenza di plurimi fattori, *in primis* il contesto storico politico nel quale l'autore ha vissuto che ha significativamente condizionato il pensiero ideologico dell'autore. Tale metodo, ha, inoltre, consentito di rilevare le interconnessioni, teoriche e ideologiche, tra gli scritti appartenenti a fasi filosofiche diverse.

La fase pre-normativista, come si è potuto riscontrare, non presenta contenuti e stili omogenei, ma esprime contenuti eterogenei e diversificati tali da suggerire una suddivisione ulteriore del periodo filosofico: gli scritti fenomenologici del 1934 devono essere ben distinti dai lavori che, a partire dal 1938, esprimono un forte contrasto al volontarismo giuridico.

Questi due periodi esprimono, infatti, contenuti filosofici, stili e riferimenti differenti: la giurisprudenza 'eidetica' di Husserl elabora una teoria ed una metodologia ben diversa dalla funzione civile della filosofia del diritto, promossa a partire dagli scritti del 1938. Questi due momenti, pur costituendo metodi filosofici diversi, non esprimono contenuti in reciproco contrasto, perché sono entrambi caratterizzati dall'univoca esigenza di elaborare una nuova teoria del diritto che si opponga agli indirizzi filosofici contestuali e predominanti. In entrambi i periodi, la polemica di Bobbio è diretta contro la riduzione del diritto a legge, ovvero contro la tendenza di definire il diritto con la norma espressa dal legislatore.

Negli scritti fenomenologici si assiste ad una critica contro la teoria normativista di Kelsen e all'elaborazione di una distinzione tra la scienza teoretica del diritto, identificata con la fenomenologia giuridica, e la tecnica del diritto che si occupa soltanto dell'aspetto pratico del fenomeno giuridico, ovvero della formulazione e dell'applicazione delle leggi. Nel secondo capitolo sono state analizzate le motivazioni della critica aspra contro la dottrina kelseniana e le cause della scelta per la fenomenologia di Husserl, che rappresentava, in quel momento, una teoria alternativa alla riduzione normativa del diritto. Dal 1938, Bobbio, pur abbandonando il metodo fenomenologico, conserva una forte critica alla teoria statalista, incentrata sulla legge del legislatore. Cambiano, però, i termini di questa critica e le soluzioni proposte: si ridimensiona la critica alla dottrina kelseniana e viene elaborata una funzione civile e politica della filosofia del diritto che si oppone al riduzionismo normativo del volontarismo giuridico.

Il lavoro sull'analogia del 1938 e il lavoro sulla consuetudine del 1942, pur analizzando elementi giuridici diversi, hanno lo stesso obiettivo teorico: liberare l'idea del diritto dall'immagine accentratrice dello Stato, derivante dalla teoria volontarista.

In entrambi i lavori si assiste ad un ridimensionamento della critica alla dottrina di Kelsen, considerata progressivamente quale alternativa migliore alla dottrina imperativistica.

La teoria filosofica di questi anni non è limpida nei suoi contenuti, in quanto costituisce un insieme di studi giuridici, sociologici e politici che esprimono un certo ideale di diritto e di società e non un'indagine scientifica sul fenomeno giuridico. Il contesto politico è l'elemento centrale per comprendere i contenuti filosofici dei lavori di questi anni e delle lezioni universitarie degli anni '40. Bobbio si oppone al regime autoritario su due piani differenti: sul piano politico partecipa ai vari gruppi di contestazione, dimostrando un costante attivismo politico in opposizione ai regimi autoritari; sul piano filosofico elabora contenuti giuridico-filosofici in netto contrasto allo "statalismo imperativista", espressione della forza autoritaria dello Stato. Non è un caso che gli elementi centrali del pensiero filosofico di questi anni siano quelli maggiormente vituperati dai regimi autoritari, ovvero la giustizia e la persona: basti pensare alle leggi razziali o alla completa spersonalizzazione dell'individuo causata dai totalitarismi. Il lavoro sull'analogia e il lavoro sulla consuetudine esprimono una comune critica al volontarismo giuridico: *L'analogia nella logica del diritto* intende ridimensionare l'elemento volontaristico in nome dell'applicazione analogica basata sulle leggi della ragione; *La consuetudine come fatto normativo* esprime una rivalutazione del sistema consuetudinario, a favore di un ridimensionamento della legge dello Stato e dell'elemento coattivo. Le riflessioni sulla nozione di persona sono elaborate progressivamente a partire dal 1938 fino alla metà degli anni '40, assistendosi ad un'estensione della portata teorica del concetto che, a distanza di pochi anni, assume contorni più chiari, soprattutto negli scopi politici.

Il punto di partenza delle riflessioni sulla persona si trovano, però, nei lavori fenomenologici, a partire dagli studi di Max Scheler, citati nell'*Indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica* del 1934, ripresi e approfonditi con i saggi *La persona e lo Stato, la persona nella sociologia contemporanea* del 1938 e *la persona nella filosofia dell'esistenza* del 1941. Questi saggi hanno in comune due obiettivi centrali: attribuire alla società una definizione che richiami l'importanza delle relazioni umane e individuare una soluzione teorica al conflitto tra l'autodeterminazione dell'individuo e la solidarietà sociale. Il primo obiettivo è perseguito con il richiamo al concetto di "comunità", definita quale "unione intima naturale e sociale", contrapposta alla società di interessi il cui unico scopo è il profitto economico ed individuale.

La contrapposizione tra i bisogni dell'individuo e le esigenze della società è risolta sul piano filosofico con la nozione di persona, che rappresenta progressivamente la sintesi dei seguenti contrasti: individuo-Stato, libertà-eguaglianza, liberalismo-socialismo. A partire dall'inizio degli anni '40, il significato politico della nozione di persona è evidente, divenendo espressione di un ideale democratico, capace di garantire l'equilibrio tra le aspirazioni dell'individuo e la necessità di coesione sociale. Le lezioni universitarie del 1940-41 sono particolarmente significative perché riprendono tutti i concetti filosofici e giuridici espressi in questi anni, riorganizzandoli in una teoria sul fenomeno giuridico.

Da questo testo si può desumere come l'idea del diritto espressa da Bobbio non si basi su una visione giusnaturalista che collega il fenomeno giuridico ad una visione trascendente della giustizia, ma sia espressione di un ideale di giustizia che l'autore propone come modello da assumere per il diritto e per la società.

Il piano del diritto positivo ed il piano della giustizia sono, infatti, chiaramente distinti, ma, al contempo, l'autore non rinuncia all'elaborazione di un ideale proprio di giustizia, funzionale a stimolare la trasformazione del diritto positivo.⁴⁵²

Bobbio identifica il diritto positivo con la forza, rappresentata dalla volontà dominante del legislatore, ma, al contempo, definisce razionalmente la giustizia quale valore necessario alla coesistenza che diviene parametro di riferimento del diritto positivo, utile per qualificarlo come diritto giusto o svalutarlo come diritto ingiusto.⁴⁵³ La posizione di Bobbio si può, quindi, definire "ibrida", a metà tra una soluzione giusnaturalista e una giuspositivista: ritiene che il diritto valido sia solo quello positivo, ma non definisce la giustizia quale ideale inconoscibile: l'autore introduce una propria definizione razionale di giustizia, assunta quale parametro valutativo del diritto positivo. La definizione della giustizia quale ideale di coesistenza, connessa alla nozione di persona, rappresentano i valori ideali del diritto, capaci di impedire la riduzione del diritto alla mera forza, esprimendo un sotteso significato ideologico di sostegno alla democrazia contro ogni forma di autoritarismo.

Da queste poche righe è desumibile una linea teorica continuativa dai testi fenomenologici fino alle lezioni universitarie degli anni '40, che si esprime nell'elaborazione di un concetto ideale di diritto a sostegno del valore democratico contro le derive autoritarie e contro gli arbitrii della forza. Sullo sfondo di questa elaborazione teorica si trova la considerazione della dottrina kelseniana: inizialmente criticata con asprezza durante gli anni fenomenologici e individuata, successivamente, come valida dottrina giuridica di riferimento, alternativa all'imperativismo del volontarismo giuridico.

La conversione al normativismo giuridico stravolge tutti questi elementi, assistendosi ad una teoria completamente diversa sia nei contenuti che nel metodo. La ricezione della dottrina kelseniana si concretizza nella scelta per la purezza metodologica della dottrina giuridica, per la neutralità dei contenuti giuridici-teorici e per l'accettazione della teoria a gradi dell'ordinamento giuridico.

⁴⁵² "Senonché, secondo quel che si è detto, il diritto è sempre soltanto realtà: non esistono quindi due serie di leggi, una ideale e una reale; le leggi sono la realtà della giustizia, perciò il diritto, in quanto tale, è soltanto diritto positivo, vale a dire diritto reale storico, attuazione concreta di un ideale di giustizia. (...) Il diritto in quanto regola della volontà, deve valere positivamente, ed è perciò sempre diritto positivo: al di sopra di esso, non vi è un altro diritto, cioè un altro complesso di norme, ma soltanto il valore della giustizia, in base al quale possiamo valutare la maggiore o minore conformità alla giustizia del diritto positivo, e dal quale prendiamo ispirazione per correggere, per riformare, per capovolgere il diritto positivo mediante altro diritto che valga al posto di questo e quindi mediante altro diritto positivo." Norberto Bobbio, *Lezioni di filosofia del diritto, corso dell'anno accademico 1940-1941*, a cura di Massimo La Torre, Rubettino, Catanzaro, 2022, pag. 53.

⁴⁵³ "Rimanendo sul piano del diritto di positivo, è norma giuridica quella posta dalla volontà dominante. Ma donde deriva a questa volontà di creare il diritto? Non vi è che un'unica risposta: dalla forza. La estrema conseguenza a cui arriva ogni dottrina positivista è alla fine questa: sono norme giuridiche quelle imposte dalla forza prevalente. Con ciò si arriva alla sempre rinascita dottrina della identificazione del diritto con la forza. (...) Per evitare la riduzione del diritto a fatto, e per non incappare né nel circolo vizioso né nel regresso all'infinito, bisogna uscire dal piano del diritto positivo, e salire sul piano ideale del valore della giustizia da cui, come si è detto, trae la sua giustificazione. Si è visto che il diritto è lo strumento della realizzazione della giustizia e si è intesa la giustizia come possibilità di coesistenza. Dunque, possiamo chiamare diritto ogni attività rivolta a rendere possibile la coesistenza. Le norme giuridiche sono quelle che disciplinano questa attività. Perciò esse sono quelle norme che si pongono come necessarie alla coesistenza." Norberto Bobbio, *Lezioni universitarie, corso dell'anno accademico 1940-41*, cit., pagg. 182-183.

La teoria “ibrida” che univa gli studi giuridici, sociologici e politici viene superata dalla rigida separazione della sfera giuridica e quella sociologica e dall’estromissione della giustizia dalla teoria generale del diritto. Sono sufficienti questi due elementi per sconvolgere l’impostazione precedente, poiché l’intera nozione di persona era costruita sulla base di studi sociologici e la giustizia, oltretutto rappresentare il centro della teoria di Bobbio, era considerato l’obiettivo ultimo della filosofia del diritto.

La teoria di Bobbio continua a conservare una sua autonomia e indipendenza dalla dottrina di Kelsen, perché l’autore, pur aderendo all’impostazione metodologica del giurista austriaco, continua ad elaborare contenuti autonomi sul fenomeno giuridico: la dottrina di Kelsen, pur costituendo il riferimento principale, è interpretata con un punto di vista critico. Bobbio non si è limitato a diffondere in Italia la dottrina di Kelsen: egli interpreta le tesi di Kelsen in maniera critica, sempre con l’intenzione di continuare e migliorare l’opera del giurista austriaco.⁴⁵⁴ Nei capitoli precedenti è stato possibile riscontrare sia le affinità sia le differenze tra le due teorie, facilmente individuabili grazie alla lettura storica e all’interpretazione delle opere di Bobbio.

Questo esprime una posizione autonoma in più di una circostanza, basti ricordare qualche esempio: nel saggio *La teoria pura del diritto e i suoi critici* l’autore torinese contesta la scelta di qualificare la sentenza del giudice come norma individuale; nel saggio del 1967 *Essere e dover essere nella scienza giuridica* l’autore esprime nuove considerazioni sulla scienza giuridica kelseniana, a cui viene attribuita una “metagiurisprudenza ideologizzata” e viene riconosciuto alla scienza giuridica un potere di influenza sul materiale giuridico che rimette in discussione la valutatività del sistema kelseniano; nel libro *Dalla struttura alla funzione* del 1977 è promossa una nuova teoria del diritto capace di superare l’autonomia metodologica della scienza del diritto cercando una nuova integrazione con gli studi sociologici sulla funzione; di significativa rilevanza sono le interpretazioni della norma fondamentale espresse nel libro *Diritto e potere*, nel quale viene messa in discussione la funzione della norma fondamentale, evidenziando la centralità del potere nel ragionamento sulla legittimazione dell’ordinamento giuridico.

Questi pochi esempi, tutti analizzati e interpretati nei capitoli precedenti, servono a sottolineare e ribadire come la dottrina di Kelsen, pur rappresentando il modo migliore per osservare il fenomeno giuridico, costituisca la premessa di partenza sulla quale elaborare qualsiasi nuova riflessione sul fenomeno giuridico. In sostanza, la dottrina di Kelsen rappresenta per Bobbio la teoria dalla quale partire per comprendere il fenomeno giuridico, ma non una teoria compiuta, da replicare e divulgare passivamente.

Gli elementi più determinanti della ricezione della dottrina kelseniana sono i seguenti: la separazione tra la teoria del diritto e la teoria della giustizia, con conseguente valutatività della scienza giuridica; la separazione tra il metodo della scienza giuridica ed il metodo sociologico; l’accettazione della teoria della proposizione giuridica e della teoria a gradi

⁴⁵⁴ “Nel campo del concetto di diritto (compito ontologico), son d’opinione che l’indirizzo più fecondo e fruttuoso sia stato quello kelseniano, e che si debba proseguirlo sviluppando le ricerche avviate da Kelsen e dalla sua scuola relativamente alla teoria formale dell’ordinamento giuridico. Non si tratta di accogliere tutte le soluzioni del Kelsen, ma di continuarne l’opera.” Norberto Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Laterza, Bari-Roma, 2011, pag. 59.

dell'ordinamento giuridico; la definizione del diritto quale contenuto e regola della forza, condivisa solo nel 1966 con il saggio *Diritto e forza*.

La neutralità scientifica, come evidenziato nel terzo capitolo, è, tuttavia, l'elemento determinante per cogliere i motivi ideologici sottesi alla scelta della teoria normativista. Nel terzo capitolo è stata evidenziata la connessione tra il pensiero politico-ideologico di Bobbio e la scelta per la neutralità scientifica, prendendo spunto dalla lettera privata che il filosofo torinese scrive in risposta alle critiche di Matteucci, nella quale l'autore rivela il «sentimento politico» che lo aveva indotto a scegliere la metodologia kelseniana.⁴⁵⁵

La neutralità scientifica, che consiste nell'eliminazione della giustizia dal campo della teoria del diritto, avrebbe un significato politico: rappresenterebbe sul piano scientifico la manifestazione dei valori di democrazia e di pace tanto anelati sul piano storico dopo i sanguinosi conflitti mondiali.

Attraverso questa interpretazione, la prima fase e la seconda fase di scritti di Bobbio non appaiono più in netta contrapposizione. Il pensiero filosofico degli anni giovanili è animato da una costante difesa e promozione della democrazia e della pace contro le derive autoritarie e i totalitarismi. Questo pensiero ideologico è il principale motivo dell'elaborazione di un concetto di giustizia e di persona contro una visione meramente volontarista del fenomeno giuridico. Gli stessi ideali di democrazia e di pace caratterizzano anche l'adesione alla neutralità della teoria del diritto, unico modo per liberare la scienza dai conflitti portatori di divisioni e guerre.

La scelta della dottrina di Kelsen è, quindi, anche una scelta politica, essendo stato il giurista austriaco uno dei maggiori promotori e difensori della democrazia.

Nel secondo e nel terzo capitolo è stata evidenziata l'affinità politica emersa tra Bobbio e Kelsen; analogamente nei saggi sulla democrazia elaborati da Kelsen, è stato evidenziato il nesso tra la neutralità scientifica, la democrazia e la libertà del sapere scientifico.⁴⁵⁶

Non è un caso che la neutralità scientifica non sia assunta come dogma insuperabile: le trasformazioni sociali che investono la società democratica negli anni '60 necessitavano di una dottrina giuridica più contemporanea, che sapesse rappresentare il nuovo ruolo dei

⁴⁵⁵ "Per noi della nostra generazione, che ci siamo trovati faccia a faccia con gli opposti fanatismi – prima il fascismo, poi, appena liberati dal fascismo, l'ombra minacciosa del padre Stalin – la neutralità scientifica è diventata essa stessa un abito di vita, è diventata il nostro modo di partecipare alla lotta politica, è diventata, in sede pratica, imparzialità. Non sarebbe da esaminare il passaggio (inconsapevole lo riconosco) dalla neutralità scientifica alla imparzialità etica? O se si vuole, con una formula: rigore contro furore. Il significato dei miei saggi raccolti in *Politica e cultura* è tutto qui: l'ideale dello scienziato che diventa ideale politico. Discutere pacatamente invece di accapigliarsi. Procedere a colpi di argomenti (sì, anche gli aborriti argomenti linguistici)." Nicola Matteucci Norberto Bobbio, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, Scholé, Brescia, 2021, pagg. 161-162.

⁴⁵⁶ "Poiché democrazia, secondo la sua natura più intrinseca significa libertà, e poiché libertà significa tolleranza, nessuna altra forma politica è più favorevole alla scienza della democrazia. La scienza, infatti, può soltanto prosperare se è libera, ed essa non è libera soltanto se è indipendente esteriormente, cioè se è libera da influssi politici, ma anche se lo è interiormente; se, cioè, nella formulazione dell'argomento e della replica regna una completa libertà. Nessuna dottrina può venire oppressa in nome della scienza, poiché l'anima della scienza è la tolleranza." Hans Kelsen, *I fondamenti della democrazia e altri saggi*, Il Mulino, Bologna, 1966, pag. 433. Titoli originali: *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1929; *Foundation of Democracy*, apparso in *Ethics*, LXVI, 1955-56, n. 1, parte II; *Aboslutism and Relativism in Philosophy and Politics*, apparso in *Western Political Quarterly*, II, 1949, n. 4; *Was ist Gerechtigkeit?* Wien, Franz Deuticke, 1953.

diritti costituzionali, le nuove funzioni dello Stato sociale, nonché il potere di influenza dell'interpretazione del giurista. Nei capitoli precedenti si è potuto riscontrare come il rinnovamento della scienza giuridica sia stato un processo progressivo, iniziato da *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*⁴⁵⁷, passando per *Essere e dover essere nella scienza giuridica*, fino ad arrivare ai saggi riuniti in *Dalla struttura alla funzione*.

Bobbio, vivendo in prima persona la crisi gius-positivistica, ritiene necessario rappresentare una funzione del giurista più aderente alla realtà, anche per investire di maggiore potere l'interprete del diritto, a cui viene riconosciuto il potere di valutare e di influenzare l'elaborazione e l'applicazione stessa del diritto. Ciò rappresenta anche l'esigenza di attribuire al giurista teorico un ruolo attivo nella nuova democrazia costituzionale, capace di unire i risultati degli studi kelseniani con le novità dello Stato costituzionale. La nuova funzione del giurista e l'integrazione con gli studi sociologici non rappresentano una smentita della teoria kelseniana, ma un suo ampliamento, un suo ammodernamento, senza proporre alcun ritorno ad un sincretismo metodologico.

Il sentimento democratico e la scelta a favore della pace rappresentano i valori sottesi ad ogni scelta teorica e costituiscono il vero «filo rosso» dei lavori del filosofo torinese. Il valore della democrazia animava sia la filosofia del diritto "ibrida" degli anni giovanili sia il sentimento politico a favore della neutralità scientifica kelseniana, sia il rinnovamento della scienza giuridica degli anni '70. La domanda intorno alla funzione del diritto, che caratterizza il libro *Dalla struttura alla funzione*, è propedeutica ad evidenziare la funzione non solo repressiva, ma promozionale del diritto: rappresenta una nuova società che mette al centro l'individuo, elaborando un'idea del diritto in funzione della persona.

Le diverse fasi della teoria del diritto di Bobbio trovano, dunque, il loro punto di convergenza nella difesa intransigente della democrazia e della pace, difesa che recepisce i bisogni della società, li interpreta e li esprime.

Nell'attuale panorama globale, caratterizzato da divisive appartenenze ideologiche e dalla pervasiva "etica della potenza", vi è la necessità di riscoprire e apprezzare l'insegnamento dell'etica del dialogo di Bobbio, promotore del valore della coesistenza contro ogni deriva arbitraria delle forme del potere.

⁴⁵⁷ a questo proposito si richiamano le poche righe già evidenziate nel primo capitolo: "è proprio vero – aggiungono i critici più accaniti – che il positivista depone i giudizi di valore alle soglie della ricerca? Egli si illude di farlo: in realtà prende posizione, anche se non se ne accorge e crede di essere obiettivo. La pretesa di essere eticamente neutrale è infondata. Il compito del giurista non è solo quello di descrivere ciò che è diritto in una determinata società, ma anche di interpretare il diritto vigente per l'applicazione dei tribunali. (...) che l'attività del giurista non sia soltanto logica, ma valutativa, eticamente orientata, non modifica il fatto che queste sue valutazioni diventano diritto non per il fatto di essere buone, sagge, giuste, conformi al diritto naturale, ma per il fatto di diventare regole del sistema." Norberto Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pag. 104.

Bibliografia

Bobbio, N., *Ancora sul positivismo giuridico*, Rivista di Filosofia Volume LIII – n. 3 – luglio 1962

Bobbio, N., *Autobiografia*, Laterza, Roma-Bari, 1997

Bobbio, N., *Dalla struttura alla funzione*, Edizioni di Comunità, Milano, 1977

Bobbio, N., *Diritto e potere*, Giappichelli, Torino, 2014

Bobbio, N., *Diritto e Stato nell'opera giovanile di Aldo Moro*, Il Politico, 1980

Bobbio, N., *Elogio della mitezza*, Linea d'ombra, Milano, 1993

Bobbio, N., *Funzione civile di un insegnamento universitario*, Il Ponte, agosto- settembre 1949

Bobbio, N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Laterza, Bari-Roma, 2011

Bobbio, N., *Il futuro della democrazia*, Einaudi, Torino, 1995

Bobbio, N., *Il positivismo giuridico*, Lezioni di Filosofia del Diritto raccolte dal dott. Nello Morra, Giappichelli Editore, Torino, 1996

Bobbio, N., *Il problema della guerra e le vie della pace*, il Mulino, Bologna, prefazione alla quarta edizione, 1997

Bobbio, N., *Il problema del potere*, a cura di Tommaso Greco, Giappichelli, Torino, 2020

Bobbio, N., *Il terzo assente*, Sonda, Casale Monferrato, 2013

Bobbio, N., *Introduzione alla filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 1948

Bobbio, N., *L'analogia nella logica del diritto*, a cura di Paolo di Lucia, Giuffrè, Milano, 2006

Bobbio, N., *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, Memorie dell'Istituto giuridico della R. Università, Serie II, memoria XXVIII, Torino, 1934

Bobbio, N., *La consuetudine come fatto normativo*, Giappichelli, Torino, 2010

Bobbio, N., *La persona e la società*, Annali Università di Camerino, Jovene, Napoli, 1938

- Bobbio, N., *La persona nella filosofia dell'esistenza*, archivio di filosofia, fascicolo III, anno XI, 1941
- Bobbio, N., *La persona nella sociologia contemporanea*, Annali dell'Università di Camerino, Jovene, Napoli, 1938
- Bobbio, N., *Lezioni di filosofia del diritto, corso dell'anno accademico 1940-41*, a cura di Massimo La Torre, Rubbettino, Catanzaro, 2022
- Bobbio, N., *Lezioni di filosofia del diritto ad uso degli studenti*, Giappichelli, Torino, 1945
- Bobbio, N., *Politica e cultura*, Giulio Einaudi editore, Torino, 1955
- Bobbio, N., *Religione e religiosità*, testimonianza apparsa su MicroMega n. 2/2000
- Bobbio, N., *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1950
- Bobbio, N., *Scienza e tecnica del diritto*, Memorie dell'Istituto giuridico presso l'istituto R. Università, serie II, memoria XXIX, Torino, 1934
- Bobbio, N., *Società chiusa e società aperta*, Il Ponte, Firenze, 1946
- Bobbio, N., *Studi sulla teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1955
- Bobbio, N., *Sul positivismo giuridico*, Rivista di filosofia, 1962
- Bobbio, N., *Teoria della scienza giuridica*, Giappichelli, Torino, 1950
- Bobbio, N., *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993
- Bobbio, N., *Teoria generale della politica*, a cura di Michelangelo Bovero, Einaudi, Torino, 2009
- Bobbio, N., *Tra due repubbliche, alle origini della democrazia italiana*, Donzelli-Editore, Roma 1996
- Bobbio, N., Carriò G.R., *Un carteggio su struttura e funzione nel diritto 1964-1980*, a cura di Mario G. Losano, Led Edizioni universitarie di lettere economia diritto, Milano, 2024
- Ciaramelli, F., *Consenso sociale e legittimazione giuridica, lezioni di filosofia del diritto*, Giappichelli Editore, Torino, 2013
- Capograssi, G., *Impressioni su Kelsen tradotto*, Rivista trimestrale di diritto pubblico, 1952

- Casavola, F.P., *Laicità*, a cura di Francesco Fasolino e Francesco Lucrezi, Il grifone, Napoli, 2023
- Chessa, O., *Sul costituzionalismo di Nicola Matteucci come teoria del diritto*, Filosofia politica, Il Mulino, Anno XXXV, Volume 2, agosto 2024
- Croce, B., *Riduzione della filosofia del diritto a filosofia dell'economia*, Giuffrè, Milano, 2016
- Ferrajoli, L., *L'itinerario di Norberto Bobbio: dalla teoria generale del diritto alla teoria della democrazia*, Rivista Teoria Politica, Torino, 2004
- Greco, T., Margiotta, C., *Nicola Matteucci e Norberto Bobbio: un dibattito (mancato?)*, Filosofia politica, Il Mulino, Anno XXXV, Volume 2, agosto 2024
- Greco, T., *Un itinerario intellettuale tra filosofia e politica*, Donzelli-Editore, Roma, 2000
- Kelsen, H., *Essenza e valore della democrazia*, a cura di Agostino Carrino, Giappichelli, Torino, 2004
- Kelsen, H., *I fondamenti della democrazia e altri saggi*, Il Mulino, Bologna, 1966
- Kelsen, H., *Il problema della giustizia*, a cura di Mario G. Losano, Einaudi, 1975
- Kelsen, H., *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1966
- Kelsen, H., *La teoria generale del diritto e il materialismo storico*, Istituto della Enciclopedia italiana di Roma, 1979
- Kelsen, H., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 2000
- Kelsen, H., *Società e natura*, Bollati Boringhieri, Torino, 1992
- Kelsen, H., *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Edizioni di Comunità, Roma-Ivrea, 1963
- Losano, M.G., *Hans Kelsen, Norberto Bobbio e i filosofi del diritto di Torino*, tratto da *Teoria pura del diritto e democrazia* a cura di Agostino Carrino, Rubbettino, 2024
- Losano, M. G., *Norberto Bobbio, una biografia culturale*, Carocci editore, Roma, 2018
- Margiotta, C., *Hans Kelsen in una discussione tra Norberto Bobbio e Galvano della Volpe*, Ars interpretandi, gennaio – giugno 2024
- Matteucci, N., Bobbio, N., *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, a cura di Tommaso Greco, Scholè, Brescia, 2021

Nitsch, C., *Del dovere di vendetta. Prolegomeni a un'anatomia degli ordinamenti giuridici primitivi*, tratto da *Sociologia*, Rivista quadrimestrale di scienze storiche e sociali, Anno LVII n. 3, 2023

Nitsch, C., *Diritto e pace nella riflessione di Hans Kelsen*, ParoleChiave, 2022

Nitsch, C., *Diritto, giustizia, realtà sociale: note su Hans Kelsen e la sociologia*, tratto da *Teoria pura del diritto e democrazia* a cura di Agostino Carrino, Rubbettino, 2024

Nitsch, C., *Renato Treves esule in Argentina. Sociologia, filosofia sociale, storia*, Accademia delle scienze di Torino, 2014

Riccobono, F., *La "sociologia del diritto" di Hans Kelsen*, tratto da *Sociologia*, Rivista quadrimestrale di scienze storiche e sociali, Anno LVII n. 3, 2023

Scarpelli, U., *Cos'è il positivismo giuridico*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 1997

Treves, R., *Sociologia e socialismo. Ricordi e incontri*, FrancoAngeli, Milano, 1990

Violi, C., *Bibliografia degli scritti di Norberto Bobbio 1934 – 1993*, Gius. Laterza & figli, 1995