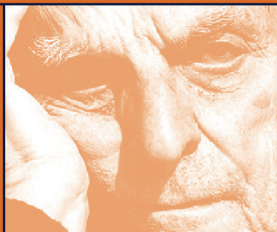


Bobbiana

Opere di Norberto Bobbio per l'Università

Collana diretta da TOMMASO GRECO



Norberto Bobbio

Studi sulla teoria generale del diritto

a cura e con un saggio introduttivo di

Giorgio Pino



G. Giappichelli Editore – Torino

Bobbiana

Opere di Norberto Bobbio per l'Università

Collana diretta da TOMMASO GRECO

Norberto Bobbio

Studi sulla teoria generale del diritto

a cura e con un saggio introduttivo di
Giorgio Pino



G. Giappichelli Editore –Torino

© Copyright 2024 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-2469-1

ISBN/EAN 978-88-921-7825-0 (ebook)

*Volume pubblicato con il contributo dell'Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza 821000_ATTIVITA_EDITORIALI_GIURI-
SPRUDENZA_2022.*

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

INDICE

pag.

NORBERTO BOBBIO

E LA TEORIA GENERALE DEL DIRITTO

di *Giorgio Pino*

- | | |
|--|-------|
| 1. Quasi un manifesto | IX |
| 2. Gli <i>Studi sulla teoria generale del diritto</i> nell'itinerario di Norberto Bobbio | XI |
| 3. La teoria generale del diritto secondo Bobbio | XVI |
| 4. Concetto di diritto e valore del diritto | XXVII |

NOTA DEL CURATORE

XXXIII

INTRODUZIONE

1

Capitolo I

FRANCESCO CARNELUTTI,

TEORICO GENERALE DEL DIRITTO

- | | |
|--|----|
| 1. Due problemi: i limiti della teoria generale del diritto e la validità della concezione imperativistica | 5 |
| 2. Due diversi significati della parola «generale» | 6 |
| 3. Teoria generale come teoria formale del diritto | 8 |
| 4. Teoria generale del diritto e filosofia del diritto | 10 |
| 5. La teoria generale del Carnelutti come teoria formale del diritto positivo italiano | 12 |
| 6. Alcuni presupposti ideologici nella teoria generale del Carnelutti | 13 |
| 7. La concezione imperativistica del diritto secondo il Carnelutti | 16 |

	<i>pag.</i>
8. I principali temi della teoria generale del Carnelutti sono trattati in conformità della premessa imperativistica	17
9. Limiti storici e ideologici della concezione imperativistica del diritto	19
10. La teoria imperativistica del diritto e la giuridicità del diritto internazionale	20
11. La teoria imperativistica del diritto e la consuetudine	21
12. La posizione del Carnelutti di fronte alla teoria normativa	23
13. Importanza della teoria normativa nella elaborazione della teoria generale del diritto	25

Capitolo II

FILOSOFIA DEL DIRITTO E TEORIA GENERALE DEL DIRITTO

1. Il problema della distinzione tra filosofia del diritto e teoria generale del diritto	31
2. La teoria generale del diritto come ricerca formale	37
3. La teoria generale del diritto come ricerca formale non è una disciplina filosofica	44
4. La filosofia del diritto come teoria della giustizia	51

Capitolo III

TEORIA GENERALE DEL DIRITTO E TEORIA DEL RAPPORTO GIURIDICO

1. Tre possibili teorie generali del diritto, fondate rispettivamente sul rapporto giuridico, sulla norma giuridica, sulla istituzione	57
2. Diverso valore e diverso fine delle tre teorie	59
3. La teoria generale del diritto di A. Levi si fonda sulla teoria del rapporto giuridico	62
4. Ma la definizione del rapporto giuridico rinvia alla norma come schema di qualificazione del rapporto	65
5. Alcune difficoltà della teoria generale del Levi, relative a: <i>a)</i> la definizione dell'ordinamento giuridico; <i>b)</i> il principio dell'imperatività del diritto; <i>c)</i> la categoria del potere; <i>d)</i> il concetto di illecito; <i>e)</i> il concetto di tutela	68
6. Ragioni in favore della teoria generale costruita sulla teoria normativa del diritto	75

pag.

Capitolo IV

LA TEORIA PURA DEL DIRITTO
ED I SUOI CRITICI

1. Occasione del saggio	79
2. Gli avversari della teoria pura del diritto: giusnaturalisti e sociologi	81
3. Inconsistenza dell'obiezione secondo la quale la teoria pura del diritto indebolisce la resistenza contro gli ordinamenti ingiusti	82
4. Confusione in cui cadono i giusnaturalisti tra giudizio sulla giustizia e giudizio sulla validità di una norma	84
5. Differenza fra la teoria pura del diritto e la concezione legalistica della giustizia	86
6. Non si può confondere l'atteggiamento scientifico proprio della teoria pura del diritto con l'atteggiamento ideologico implicito nelle varie concezioni della giustizia	89
7. La teoria pura come ideologia del diritto-forza	91
8. La teoria pura come ideologia del conformismo piccolo-borghese	95
9. Teoria pura del diritto e sociologia giuridica	97
10. La teoria pura del diritto come teoria formale distinta dalle discipline particolari	99
11. Teoria pura del diritto e giurisprudenza sovietica	101
12. Teoria pura del diritto e giurisprudenza sociologica	105
13. La teoria pura del diritto in relazione alla controversia tra giurisprudenza concettuale e scuola del diritto libero	107
14. L'errore dei critici e la critica degli errori	110

Capitolo V

DUE TEORIE GENERALI DEL DIRITTO
IN LINGUA FRANCESE

1. Si prendono in esame le teorie generali del diritto di Paul Roubier e di Jean Dabin	111
2. Giustizia e diritto nella teoria del Roubier	113
3. Osservazioni critiche intorno alla teoria dei valori del Roubier	118
4. Giustizia e diritto nella teoria del Dabin	120
5. Osservazioni critiche intorno alla teoria dei valori del Dabin	124

pag.

Capitolo VI

UNA TEORIA PSICOLOGICA
E SOCIOLOGICA DEL DIRITTO

1. La teoria generale di J. Haesaert si distingue da una teoria della giustizia	127
2. È piuttosto una teoria sociologica del diritto	129
3. Compatibilità tra la teoria formale e quella sociologica	130
4. Ragioni della preferenza data all'una o all'altra teoria	131
5. Anche la teoria dello Haesaert è una teoria normativistica	132
6. Realismo ingenuo nella definizione del diritto	134
7. Critica della definizione del diritto data dallo Haesaert	135
8. Critica della definizione della norma giuridica	137
9. Insufficienza della teoria dello Haesaert rispetto al problema se un obbligo sia o non sia giuridico	138
10. Pregi dell'opera dello Haesaert	140
11. Una concezione scettica del diritto	142

Capitolo VII

FORMALISMO GIURIDICO
E FORMALISMO ETICO

1. La teoria formale del diritto si distingue dalla concezione legalistica della giustizia	145
2. Gli elementi caratteristici della concezione legalistica della giustizia: <i>a)</i> la pace come fine e <i>b)</i> la coerenza come virtù	147
3. Osservazioni sul rapporto tra coerenza giuridica e coerenza logica	152
4. Esempificazione storica tratta dalla filosofia politica di Hobbes	155
5. Esempificazione storica tratta dalla teoria pura del diritto del Kelsen	157
6. Confronto tra la concezione legalistica di Hobbes e quella di Kelsen	160

NORBERTO BOBBIO E LA TEORIA GENERALE DEL DIRITTO

1. Quasi un manifesto

Gli *Studi sulla teoria generale del diritto*, apparsi per Giappichelli nel 1955, sono la prima delle cinque raccolte di saggi di argomento strettamente filosofico-giuridico e teorico-giuridico, la cui pubblicazione sia stata promossa direttamente da Norberto Bobbio¹.

Nonostante il volume si presenti sotto la veste di una raccolta di saggi, alcuni dei quali apparentemente occasionali (cosa che potrebbe forse spiegare perché, fra le opere di Bobbio, que-

¹ Le altre sono: *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* (Comunità, Milano, 1965; nuova ed. Laterza, Roma-Bari, 2011); *Studi per una teoria generale del diritto* (Giappichelli, Torino, 1970; nuova ed. 2012); *Dalla struttura alla funzione. Nuovi saggi di teoria del diritto* (Comunità, Milano, 1977; nuova ed. Laterza, Roma-Bari, 2007); *Diritto e potere. Saggi su Kelsen* (ESI, Napoli, 1992; nuova ed. Giappichelli, Torino, 2014). A queste si può anche aggiungere *L'età dei diritti* (Einaudi, Torino, 1990): una raccolta di saggi di sicura rilevanza filosofico-giuridica, anche se lievemente eccentrica, per i temi trattati e per l'accostamento metodologico impiegato, rispetto agli altri lavori sopra citati.

Tra le raccolte di saggi teorico-giuridici la cui pubblicazione non sia stata promossa da Bobbio stesso, vanno menzionati quantomeno i *Contributi ad un dizionario giuridico* (Giappichelli, Torino, 1994), e i *Saggi sulla scienza giuridica* (Giappichelli, Torino, 2011), entrambi pubblicati su iniziativa di Riccardo Guastini; e, quantomeno per affinità rispetto al volume qui presentato, la *Teoria generale del diritto* (Giappichelli, Torino, 1993), che raccoglie due corsi di lezioni tenuti da Bobbio negli anni '50, originariamente pubblicati in unico volume in traduzione spagnola, dapprima in Colombia e poi in Spagna.

sta non sia una delle più frequentate da parte degli studiosi di filosofia del diritto), ad esso Bobbio attribuiva il valore di un vero e proprio manifesto programmatico: con questo volume, infatti, Bobbio annunciava *sin dal titolo* una (ri)fondazione della teoria generale del diritto; e ciò avveniva alla luce di un preciso programma di ricerca che a quel tempo era radicalmente innovativo, e che puntava a svecchiare la cultura giuridica italiana e a raccorderla con la principale novità circolante nella cultura giuridica internazionale – il normativismo kelseniano.

Per questa ragione ho evocato poco sopra il carattere *apparentemente* occasionale di questi scritti: in realtà, anche se i capitoli del libro sembrano nascere per lo più come contributi più o meno estemporanei (discussioni di opere recentemente apparse, partecipazioni a *Festschriften*, ecc.), essi sono palesemente ispirati da un obiettivo comune, da un progetto culturale coerente e lineare, e anzi risultano, sotto vari aspetti, tra loro perfettamente complementari². Ed è *questo* che rende tuttora interessante il discorso sviluppato da Bobbio in questo libro, a dispetto della patina di oblio che ha ormai ricoperto molte delle opere (e talvolta i loro stessi autori) con cui Bobbio si confrontava in questi saggi, facendo emergere per contrasto il proprio punto di vista.

A voler tentare una sintesi direi che, a settant'anni dalla sua prima pubblicazione, i principali profili di interesse di quest'opera siano tanto estrinseci quanto intrinseci. Tra i primi, vi è il ruolo che questo libro – e i saggi che lo compongono – ha avuto nella biografia intellettuale di Bobbio. Tra i secondi, vi è il modo in cui Bobbio qui articola esplicitamente i compiti della teoria generale del diritto, e traccia i confini tra questa e altri tipi di indagini che hanno ad oggetto il diritto. A questi due profili sono dedicate queste pagine introduttive.

²I saggi raccolti nel volume «costituiscono un unico discorso», afferma Bobbio nell'*Introduzione* (p. 1).

2. Gli *Studi sulla teoria generale del diritto* nell'itinerario di Norberto Bobbio

Questo libro è una raccolta di saggi pubblicati da Bobbio tra il 1949 e il 1954: un intervallo di tempo che segna un passaggio molto importante nella biografia intellettuale del filosofo torinese³. Per un verso sono gli anni del dopoguerra: una fase, complicata e per certi aspetti contraddittoria, di ricostruzione del Paese sulle macerie materiali e morali lasciate dalla Seconda guerra mondiale e dal fascismo. Per altro verso sono gli anni in cui Bobbio si convince definitivamente della sterilità degli approcci filosofici che aveva fin lì provato ad articolare e applicare al campo giuridico: in particolare la fenomenologia di Husserl (ma in precedenza anche l'idealismo crociano).

La forma stessa che Bobbio sceglie per questo volume per lui così significativo, e cioè la raccolta di saggi – forma alla quale da lì in avanti Bobbio resterà fedele sostanzialmente per tutto il lunghissimo seguito della sua produzione intellettuale – sembra essere anch'essa la testimonianza di una presa di posizione intellettuale e culturale: l'avversione per i grandi sistemi filosofici che si propongono di spiegare “tutto”, per i discorsi fumosi e magniloquenti, per la speculazione alata, e la netta preferenza invece per un'idea di lavoro filosofico come soluzione, e soprattutto analisi, di problemi specifici, meglio ancora se provenienti “dal basso”, dalla conoscenza effettiva del campo di indagine prescelto⁴.

³ Questo è stato più volte riconosciuto dallo stesso BOBBIO: *Prólogo a la edición española*, in *Contribución a la teoría del derecho*, Torres, Valencia, 1980, p. 10; *Prefazione*, in *Diritto e potere*, cit., p. 3; *Prefazione*, in *Teoria generale del diritto*, cit., p. vii. Per una più ampia contestualizzazione del pensiero di Bobbio in rapporto alla sua biografia, rimando a T. GRECO, *Norberto Bobbio. Un itinerario intellettuale tra filosofia e politica*, Donzelli, Roma, 2000; M.G. LOSANO, *Norberto Bobbio. Una biografia culturale*, Carocci, Roma, 2018; e ovviamente a N. BOBBIO, *Autobiografia*, Laterza, Roma-Bari, 1997.

⁴ È singolare, ma del tutto coerente con l'osservazione appena fatta nel testo, che prima di questa nuova fase Bobbio avesse già pubblicato ben quattro libri: *Scienza e tecnica del diritto* (1934), *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica* (1934), *L'analoga nella logica del diritto* (1938), *La consuetudine come fatto normativo* (1942). Bobbio stesso, come è noto, ha per lo più sospinto questi lavori nell'oblio, forse con la sola eccezione del libro sull'analoga.

Ebbene, lo stesso Bobbio ha parlato dei saggi qui raccolti, a cominciare dal saggio sulla teoria generale del diritto di Carnelutti che apre questo volume, come della testimonianza della sua avvenuta «conversione» al normativismo kelseniano⁵. Ed è degno di nota, peraltro, che questa conversione (o, come egli lo ha chiamato altrove, questo «tirocinio»⁶) rimanga ancora, in questa fase, tutta all'insegna della metodologia – e, in questo caso, della meta-teoria del diritto. In altre parole, sembra che Bobbio in questo periodo desiderasse innanzitutto tracciare le linee di un futuro programma di ricerca, saggiarne la coerenza interna e marcarne la differenza rispetto agli altri approcci allora in circolazione, mentre solo negli anni immediatamente successivi sarebbe passato a mettere effettivamente alla prova questi strumenti teorici, nello studio di questioni specifiche (la norma giuridica, e i vari tipi di norme giuridiche; l'ordinamento giuridico; il posto della coazione nel diritto; e così via).

Ho detto che uno degli obiettivi di Bobbio, qui, era di marcare la differenza del proprio approccio rispetto ad altre proposte allora in circolazione. In effetti, nel momento in cui Bobbio si volge alla teoria generale del diritto, nella cultura giuridica italiana era in corso da almeno tre decenni un dibattito sullo statuto e i compiti della filosofia del diritto e della teoria generale del diritto, sulle loro reciproche differenze e sui loro rapporti con le scienze giuridiche strettamente (e tradizionalmente) intese⁷. Il dibattito non era, ovviamente, fine a sé stesso,

⁵ N. BOBBIO, *Prefazione*, in *Diritto e potere*, cit., p. 3; *Autobiografia intellettuale* (1994), in *De senectute. E altri scritti autobiografici*, Einaudi, Torino, 1996, p. 124. Il saggio su Carnelutti è del 1949.

⁶ N. BOBBIO, *Prefazione*, in *Teoria generale del diritto*, cit., p. vii.

⁷ Il dibattito, già strisciante anche in precedenza, si era particolarmente intensificato con la creazione della «Rivista internazionale di filosofia del diritto» (1921), che nei suoi primi numeri sollecitò una discussione proprio su questo argomento. Se ne può leggere una attenta ricostruzione in L. CAIANI, *La filosofia dei giuristi italiani* (1955), Roma TrE-Press, Roma, 2021 (soprattutto nella lunga «Introduzione»); e in I. BIROCCHI, E. MURA, *La missione del giurista. L'itinerario parallelo di Emilio Betti e Aurelio Candian*, Giappichelli, Torino, 2022, pp. 176-205.

come peraltro dimostrano certe punte polemiche sovente affiorate al suo interno: sullo sfondo vi stava un conflitto di interessi, per così dire, tra studiosi rispettivamente di ambito civilistico e di ambito pubblicistico – ciascuno dei due schieramenti essendo intenzionato ad attrarre la teoria generale del diritto all'interno del proprio campo di studio. E una parte della diffidenza mostrata da certi giuristi positivi verso la filosofia del diritto era probabilmente motivata dalla percezione – a quei tempi, a dire il vero, piuttosto esatta – che i filosofi del diritto si occupassero di altro rispetto al diritto positivo, e che dunque non avessero granché da dire, e tantomeno da insegnare, ai giuristi positivi⁸. Echi di questi dibattiti affiorano qua e là nei saggi contenuti in questo volume: soprattutto nell'insistenza da parte di Bobbio sul fatto che la teoria generale del diritto è una teoria *del diritto positivo*, una disciplina che si occupa dello stesso campo di indagine, anche se con strumenti diversi, delle altre discipline giuridico-positive.

Oggi, a più di settant'anni di distanza dalle prime apparizioni di questo manifesto metateorico, ormai sappiamo che la sfida di Bobbio ha colto ampiamente nel segno; è proprio a partire da qui, dalle idee seminate da Bobbio nei saggi raccolti in questo volume, infatti, che si è sviluppata nei decenni successivi quella che sarà chiamata la "scuola di Bobbio": una "scuola" attorno alla quale si sono raccolte più generazioni di studiosi che – pur all'insegna di un notevole pluralismo di interessi teorici e spesso discutendo aspramente tra loro – a vario titolo si sono riconosciuti nelle idee fondamentali immesse nel dibattito teorico da Bobbio, e nel c.d. giuspositivismo analitico⁹.

⁸ Inutile sottolineare che, come accennato nel testo, questi dibattiti spesso sfociavano nella questione molto concreta dello spazio che la filosofia del diritto (o la teoria generale) avrebbero, o non avrebbero, dovuto avere nelle Facoltà di Giurisprudenza.

⁹ Così, ad esempio, Giovanni Tarello ha parlato di una «scuola italiana di teoria generale del diritto che [...] si è costituita intorno a Norberto Bobbio», e considera il saggio del 1949 su Francesco Carnelutti (il cap. I di questo volume) «il primo scritto della scuola» (G. TARELLO, «*Ordinamento giuridico*» (1975), in ID., *Cultura giuridica e politica del diritto*, il Mulino, Bologna, 1988, pp. 173-204, a p. 200 e nt.). E Riccardo Guastini ha notato che la proposta metateorica di Bobbio «sarà accolta con profitto da un'intera generazione di stu-

Più in particolare, come vedremo meglio anche nei prossimi paragrafi, gli elementi su cui Bobbio punta, in questa fase, per caratterizzare l'originalità della propria proposta meta-teorica sono: *a)* l'enfasi sul carattere *formale* dell'indagine che spetta alla teoria generale del diritto: cosa che distingue quest'ultima dalle discipline giuridiche particolari (la tradizionale "scienza giuridica") che indagano invece sul contenuto delle norme giuridiche; *b)* il carattere *scientifico* del discorso della teoria generale del diritto, distinto dal carattere valutativo e ideologico della filosofia del diritto; *c)* l'esplicita adozione del *normativismo* kelseniano, che Bobbio contrappone all'imperativismo difeso da Francesco Carnelutti, all'istituzionalismo di Santi Romano, alla teoria del rapporto giuridico di Alessandro Levi.

Quest'ultimo punto merita un brevissimo approfondimento. Ovviamente, in quegli anni la figura di Kelsen era già nota ai giuristi colti italiani – i più autorevoli giuristi italiani si erano formati in Germania ed erano ampiamente al corrente della produzione della cultura giuridica di lingua tedesca, a tacer del fatto che alcuni lavori di Kelsen erano già apparsi in traduzione italiana. Tuttavia circolava un certo sussiego, o anche sospetto, attorno alla figura di Kelsen: alcuni cercavano a ridurlo ad una «moda forestiera»¹⁰, altri tendevano a liquidarlo nel contesto di un più generale rifiuto del positivismo giuridico nell'immediato dopoguerra¹¹. In effetti, in quel periodo alcuni circoli giuridici erano percorsi da un certo afflato "spirituale", "valoriale", che tendeva a considerare il positivismo giuridico – con la sua ridu-

diosi», tra i quali indica A.G. Conte, L. Ferrajoli, G. Gavazzi, G. Lazzaro, M.G. Losano, U. Scarpelli, G. Tarello, «per tacere degli studiosi più giovani» (R. GUASTINI, *Norberto Bobbio: analisi del linguaggio e teoria formale del diritto. (I) 1949-1960*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 8, vol. I, 1978, pp. 291-356, a p. 307 e nt.). L'espressione "scuola di Bobbio" riecheggia il titolo dell'ampio e dettagliato studio di M.Á. BARRÈRE UNZUETA, *La escuela de Bobbio. Reglas y normas en la filosofía jurídica italiana de inspiración analítica*, Tecnos, Madrid, 1990.

¹⁰ Questa era l'espressione sferzante di Francesco Carnelutti, che Bobbio stigmatizza nel cap. I.

¹¹ Questa posizione è ben compendiata da Giuseppe Capograssi, a cui Bobbio risponde nel cap. IV.

zione del diritto alla forza, e al potere statale – come una specie di quinta colonna, o di utile idiota, al servizio del potere politico: e dunque anche delle dittature che avevano devastato l'Europa portandola alla catastrofe della Seconda guerra mondiale. Al positivismo giuridico (che trovava nel normativismo kelseniano una più aggiornata riformulazione, sostituendosi all'imperativismo ottocentesco), e all'approccio dichiaratamente scientifico, "puro", di Kelsen, si opponeva così una rinascita del diritto naturale, accompagnata dall'appello ai giuristi ad assumere un ruolo da moralisti più che da scienziati. Davanti a tutto ciò, come è noto, Bobbio ha assunto una netta difesa di Kelsen, sottolineando oltretutto l'impegno scientifico di Kelsen a favore della democrazia e della pace, per tacer del fatto che la vita e la carriera di Kelsen erano state drammaticamente sconvolte dalla necessità di mettersi in salvo dal nazismo. E questa netta presa di posizione di Bobbio (netta, ma non acritica) in favore del normativismo kelseniano ha fatto sì che nei decenni successivi il pensiero di Kelsen abbia acquisito una presenza sempre maggiore tra i filosofi del diritto italiani – fino a far considerare Bobbio come il responsabile di una presunta "kelsenite" da cui sarebbe stata afflitta la cultura giuridica italiana nella seconda metà del Novecento.

Quanto detto fin qui può forse far emergere con maggiore chiarezza l'obiettivo di fondo che ispirava le dichiarazioni programmatiche di Bobbio sui compiti della teoria generale del diritto, e la conseguente *actio finium regundorum* della teoria generale del diritto rispetto ad indagini intellettuali di altro tipo sul diritto: l'obiettivo era di garantire lo spazio per un discorso rigoroso (e, in quanto rigoroso, scientifico) in cui le condizioni per l'individuazione dell'oggetto del discorso, e cioè il diritto, fossero chiaramente e onestamente separate da una valutazione del diritto stesso alla luce di una qualche ideologia o di qualche insieme di assunzioni di valore.

E qualcosa di analogo Bobbio andava facendo, in quegli stessi anni, anche nei confronti della giurisprudenza o scienza giuridica: le discipline che studiano "il contenuto" delle norme giuridiche, laddove la teoria generale ne studia "la forma".

Nel noto saggio *Scienza giuridica e analisi del linguaggio* (1950)¹², Bobbio indicava infatti le condizioni affinché il lavoro dei giuristi potesse aspirare al rango della scientificità – in particolare, ancora una volta, trasformandosi in un discorso “rigoroso”.

La metodologia (e qui la meta-teoria del diritto), dunque, è vista da Bobbio per un verso come strumento per la costruzione di uno spazio di discorso sul diritto che sia onesto, trasparente, al riparo da retori, mistificatori e demagoghi; e per altro verso come cassetta degli attrezzi per l’analisi e lo studio di un diritto positivo, anziché come tassello specifico di un astratto sistema speculativo volto a spiegare l’universo mondo – una filosofia del diritto “dei giuristi”, e non “dei filosofi”¹³. Sullo sfondo, la convinzione che la rigorizzazione e purificazione scientifica del lavoro del teorico del diritto non rispondesse solo ad obiettivi di correttezza epistemologica, ma avesse una profonda funzione civile¹⁴.

3. La teoria generale del diritto secondo Bobbio

Come accennato, in questo libro emerge con nettezza l’acostamento di Bobbio ad una concezione della teoria generale del

¹² Originariamente pubblicato in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 1950, 2, pp. 342-367; più volte ristampato, da ultimo in N. BOBBIO, *Saggi sulla scienza giuridica*, cit.

¹³ Questa è la distinzione tracciata da N. BOBBIO, *Natura e funzione della filosofia del diritto* (1962), in *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pp. 29-41 (v. alle pp. 34-37). V. anche N. BOBBIO, *Autobiografia intellettuale*, cit., p. 123: «Avevo sin dall’inizio concepito il mestiere del filosofo del diritto più *sub specie iuris* che *sub specie philosophiae*, come disciplina rivolta più ai giuristi che ai filosofi [...] Questo modo di intendere la filosofia del diritto era in netto contrasto con la filosofia del diritto allora dominante in Italia».

¹⁴ Cfr. N. BOBBIO, *Prefazione*, in *Diritto e potere*, cit., p. 4: «Messi di fronte alla tragedia dell’Europa dovemmo renderci conto che dal filosofico speculare avevamo tratto ben poco aiuto per comprendere quello che era avvenuto nel mondo. Occorreva partire da studi meno alati e ben più faticosi, di economia, di diritto, di sociologia, di storia».

diritto come teoria formale, e più in generale la sua adesione al normativismo kelseniano¹⁵.

Le due cose sono, dal punto di vista di Bobbio, strettamente collegate: se il diritto è, seguendo Kelsen, un insieme di norme ordinate in sistema, allora lo studio teorico del diritto, in quanto studio “formale”, consisterà nell’indagine sulla forma delle norme giuridiche, e sui rapporti formali che le norme giuridiche presenti in un sistema possono intrattenere tra di loro.

Vi è anche da dire che, pur menzionando occasionalmente l’idea che la teoria generale del diritto descriva «la “forma” o “elemento formale” di un ordinamento» (ovvero la sua «struttura»)¹⁶, in questo libro Bobbio assegna solitamente alla teoria generale il compito di indagare la forma o struttura *della norma giuridica*, di per sé considerata: è la norma in sé, più che i possibili tipi di rapporti tra norme, ad essere indicata come oggetto privilegiato dell’indagine formale¹⁷. In altre parole, in questa fase del pensiero bobbiano la prospettiva ordinamentale è sostanzialmente assente come campo di indagine della teoria generale del diritto. Apparentemente, solo negli anni di poco successivi Bobbio è andato maturando il convincimento, anche questo di

¹⁵ Occorre sottolineare, comunque, che in quegli stessi anni Bobbio introduceva una variazione di importanza non secondaria rispetto al normativismo kelseniano, e precisamente la concezione delle norme giuridiche come entità linguistiche (*Scienza giuridica e analisi del linguaggio*, cit.): una curvatura del tutto assente in Kelsen (il quale muoveva da presupposti ontologici del tutto differenti), e che darà il via alla filosofia del diritto di tendenza analitica in Italia e non solo (cfr. L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell’Italia del Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1999; V. VILLA, *Storia della filosofia del diritto analitica*, il Mulino, Bologna, 2004).

¹⁶ *Francesco Carnelutti, teorico generale del diritto* (cap. I di questo volume), pp. 8, 11; *Una teoria psicologica e sociologica del diritto* (cap. VI di questo volume), pp. 129-130.

¹⁷ E infatti nel cap. VI, appena poche pagine dopo aver menzionato l’ordinamento giuridico come oggetto dell’indagine della teoria generale del diritto, Bobbio torna ad affermare che la norma giuridica è «l’oggetto di qualsiasi teoria generale del diritto», e che in una prospettiva formale viene studiata la «sua struttura, prescindendo dal modo della formazione e della applicazione» (p. 133).

palese derivazione kelseniana¹⁸, che una norma trae la propria giuridicità dall'appartenenza ad un ordinamento giuridico, e che dunque la teoria generale avrebbe dovuto necessariamente allargare il proprio campo di indagine dalla struttura della norma giuridica alla struttura dell'ordinamento giuridico¹⁹. Sintesi plastica di questo percorso – successivo a questo volume – sono i due corsi universitari tenuti da Bobbio nel 1957-58, sulla norma giuridica, e nel 1959-60, sull'ordinamento giuridico, significativamente poi rifusi in un unico volume dal titolo *Teoria generale del diritto*²⁰.

Ciò detto, in cosa consiste l'approccio "formale" che secondo Bobbio dovrebbe caratterizzare la teoria generale del diritto? In estrema sintesi: visto che il diritto regola il comportamento umano (stabilendo obblighi e divieti, attribuendo diritti, ecc.), la teoria generale si dovrebbe occupare non del *contenuto* della regolazione giuridica, ma del *modo* in cui il diritto effettua tale regolazione²¹. Mentre dei contenuti della regolazione giuridica si occupano le discipline giuridiche positive (il diritto privato, il diritto penale, il diritto tributario...: la "scienza giuridica"), la teoria generale del diritto si occupa delle varie strutture formali sotto cui il diritto può ricondurre tali contenuti: ad esempio, si occuperà della struttura tipica della norma giuridica e dei suoi elementi costitutivi, e di concetti quali obbligo, diritto soggettivo, illecito, sanzione, fonte del diritto (o specifici tipi di fonti del diritto: legge, consuetudine, ecc.).

¹⁸ Ma Bobbio ha osservato che il suo interesse teorico per la dimensione ordinamentale del diritto era dovuto anche all'influenza dell'opera di Santi Romano. N. BOBBIO, *Prefazione*, in *Teoria generale del diritto*, cit., p. ix.

¹⁹ Un cenno in tal senso in N. BOBBIO, *Prefazione*, in *Teoria generale del diritto*, cit., pp. viii-ix. Per una visione di insieme su questo problema, R. GUASTINI, *Insieme strutturati di norme. Contributi di Bobbio alla teoria dei sistemi normativi*, in «Analisi e diritto», 2004, pp. 103-118.

²⁰ V. sopra, nt. 1.

²¹ *Filosofia del diritto e teoria generale del diritto* (cap. II di questo volume), p. 37: «l'indagine sulla regola, entro cui i singoli comportamenti sono compresi, è qualcosa di essenzialmente diverso dallo studio dei comportamenti stessi compresi dalla regola».

Da questo punto di vista, Bobbio riconosce che la locuzione “teoria generale” può risultare fuorviante, mentre sarebbe più opportuno parlare di “teoria formale” del diritto. È vero, ovviamente, che i risultati di una indagine teorica si possono spesso prestare ad impieghi “generali” (ad esempio, possono essere impiegati per studiare le norme che compongono discipline giuridico-positive diverse, o che appartengono ad ordinamenti giuridici diversi). Tuttavia, la teoria “generale” del diritto così come immaginata da Bobbio non procede per generalizzazioni – non parte da singole fattispecie di reato per costruire una “teoria generale del reato”; e nemmeno procede per astrazioni a partire dal contenuto di più ordinamenti, come se si trattasse di individuare un concetto “tipico” o “puro” di proprietà (una “teoria generale della proprietà”) prendendo in considerazione ciò che vi è di comune nella disciplina giuridica della proprietà in diversi ordinamenti²². Bobbio forse non è chiarissimo al riguardo, ma il punto dirimente qui sembra essere che le indagini generali del tipo appena menzionato (quelle che procedono rispettivamente per “generalizzazione” oppure per “tipizzazione”) sono comunque indagini di tipo contenutistico, e non formale: perché hanno comunque ad oggetto il contenuto di norme e istituti giuridici, anche se preso in esame ad un livello superiore di astrazione (non singole norme ma gruppi di norme). Non avendo il carattere formale che dovrebbe essere proprio della teoria generale del diritto, queste indagini si situano ancora sul terreno della scienza giuridica, e in particolare dell’“alta dogmatica”²³.

Dunque, grazie alla distinzione tra “forma” e “contenuto”, diventa chiara la divisione del lavoro tra teoria generale del di-

²² Per la discussione di questi vari sensi in cui una teoria generale del diritto può essere “generale”, v. Francesco Carnelutti, *teorico generale del diritto* (cap. I di questo volume), pp. 6-10.

²³ Vale a dire quella parte della scienza giuridica «che elabora i concetti sistematici di più ampia portata e maggiore complessità»: cfr. M. JORI, A. PINTORE, *Introduzione alla filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 152; e soprattutto U. SCARPELLI, *La teoria generale del diritto: prospettive per un trattato*, in ID. (a cura di), *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*, Comunità, Milano, 1983, p. 281 ss.

ritto e scienza giuridica. Allo stesso tempo, qui Bobbio traccia un'altra fondamentale divisione del lavoro, quella tra teoria generale e filosofia del diritto. In questo secondo caso, ad essere rilevante non è più la distinzione tra "forma" e "contenuto", ma quella tra "descrizione" e "valutazione". Per Bobbio, infatti, la teoria generale del diritto, condotta con metodo formale, è una attività scientifica che ha lo scopo di produrre una genuina conoscenza del suo oggetto (il diritto o ordinamento giuridico, nei suoi aspetti formali o strutturali). Di contro, la filosofia del diritto è, per Bobbio, soprattutto una teoria (normativa) della giustizia, e pertanto una impresa intellettuale essenzialmente ideologica e valutativa: il filosofo del diritto prende posizione rispetto al diritto vigente, sulla base dei criteri valutativi che provengono da una certa teoria della giustizia²⁴. La differenza non potrebbe essere più netta, anche perché Bobbio ha cura di sottolineare che una impresa scientifica è, in quanto tale, «non valutante», e che «l'inserzione di posizioni ideologiche nello studio formale produce problemi mal posti e quindi conduce ad affermazioni che si dimostrano poi insostenibili»²⁵.

Fin qui, per grandi linee, la proposta di Bobbio sullo statuto e sui compiti della teoria generale del diritto. È vero che è una proposta a tratti un po' generica e ondivaga: ho già notato l'oscillazione tra il porre ad oggetto dell'indagine della teoria generale talvolta la norma e talvolta l'ordinamento (anche se, in questi saggi, sembra che per "ordinamento giuridico" Bobbio non intenda molto più che "diritto positivo" o "insieme delle norme vigenti in un certo contesto")²⁶; e un'altra nozione non troppo perspicua è proprio quella di "forma", a dire il vero una nozione

²⁴ Si noti che in *Natura e funzione della filosofia del diritto*, cit. (successivo di una decina d'anni rispetto ai saggi raccolti in *Studi sulla teoria generale del diritto*), Bobbio considera invece la teoria generale del diritto e la teoria della giustizia come due parti, o due ambiti di indagine, della filosofia del diritto.

²⁵ *Filosofia del diritto e teoria generale del diritto* (cap. II di questo volume), rispettivamente pp. 51 e 53.

²⁶ G. TARELLO, «*Ordinamento giuridico*», cit., sottolinea il carattere atecnico della nozione di ordinamento giuridico in questa fase del pensiero di Bobbio.

non chiarissima se riferita alle norme giuridiche e che forse sarebbe stato più opportuno rendere con “struttura”²⁷. Tutto ciò può essere facilmente spiegato con il carattere innovativo, originale, e in un certo senso provvisorio della proposta di Bobbio: un manifesto programmatico, come abbiamo già detto, destinato ad essere affinato e messo alla prova in seguito con ricerche più specifiche – con “studi di” teoria generale e non più solo “sulla” teoria generale. E – anche questo lo abbiamo già notato – la proposta di Bobbio, rielaborata, discussa, affinata in vario modo, è poi diventata l’abito mentale di diverse generazioni di teorici del diritto, fino ai nostri giorni²⁸.

Tuttavia, quantomeno per amore di argomento, e con la piena consapevolezza di parlare adagiandoci comodamente sul senno del poi, si può provare a indicare qualche marginale elemento di perplessità che emerge dalla lettura di queste pagine. Queste perplessità riguardano rispettivamente l’oggetto, il metodo, e la funzione della teoria generale del diritto secondo Bobbio.

Per quanto riguarda l’oggetto (e non tornando nuovamente sulla questione dell’aver lasciato fuori campo la teoria dell’ordinamento giuridico), almeno due punti risultano un po’ sorprendenti.

In primo luogo, nel mettere a fuoco il carattere formale della teoria generale del diritto, Bobbio distingue la forma dal contenuto, il *modo del regolare* dalla *cosa regolata*. E a tal fine egli distingue la “realtà giuridica” nelle regole del comporta-

²⁷ In questo volume Bobbio usa spesso “forma” e “struttura” in modo pressoché intercambiabile, ma manifesta una chiara preferenza per “forma” (e dunque per “teoria formale” del diritto o “ricerca formale” sul diritto). Secondo Riccardo Guastini la nozione di “forma”, in questo contesto, è «alquanto enigmatica», e in sostanza è «tutto ciò che resta fatta astrazione dal contenuto» della norma (R. GUASTINI, *Bobbio, o della distinzione*, in ID., *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 36-52, a p. 40).

²⁸ Basti menzionare l’insistenza sul carattere formale della teoria generale del diritto in L. FERRAJOLI, *La teoria generale del diritto: l’oggetto, il metodo, la funzione*, in «Rivista di filosofia del diritto», 2, 2012, pp. 229-252; ID., *La costruzione della democrazia. Teoria del garantismo costituzionale*, Laterza, Roma-Bari, 2021, cap. I.

mento o *norme*, da una parte, e nei comportamenti regolati o *fattispecie*, dall'altra²⁹. Ora, l'idea di fondo qui è chiara, tuttavia non è convincente il modo di fraseggiarla, e in particolare non è molto felice il distinguere la norma (la cui analisi formale spetterebbe alla teoria generale) dalla fattispecie (la cui analisi contenutistica spetterebbe alle scienze giuridiche). Il punto è che, almeno secondo un modo di vedere oggi abbastanza diffuso, la forma standard della norma giuridica è data dalla congiunzione di una fattispecie (la rappresentazione astratta di uno stato di cose, in genere un comportamento umano) e di una conseguenza giuridica (ciò che segue giuridicamente, ad esempio in termini di obblighi, divieti, diritti, sanzioni, acquisizioni di status, ecc., ove nella realtà si verifichi lo stato di cose rappresentato in via astratta nella fattispecie)³⁰. Quantomeno se si accetta questo schema di rappresentazione della norma giuridica, dunque, la fattispecie è essa stessa una parte della norma, e non ha senso contrapporre la norma alla fattispecie come due campi di studio diversi. (A tacere del fatto che le discipline giuridiche positive ovviamente si interessano non solo alle fattispecie, ma anche delle conseguenze giuridiche ad esse associate).

In secondo luogo, Bobbio precisa che la teoria generale (formale) del diritto è non solo una teoria *del* diritto positivo, ma soprattutto che essa è necessariamente una teoria *di un* diritto positivo³¹: la teoria generale del diritto è in linea di principio limitata ad una singola esperienza giuridica, anche se potrebbe accadere che le sue costruzioni siano rilevanti in più ordinamenti affini.

²⁹ Cfr. ad es. *Francesco Carnelutti, teorico generale del diritto* (cap. I di questo volume), p. 8: «Chiamo “forma” o “elemento formale” di un ordinamento il complesso delle norme che costituisce in certo modo il recipiente da riempire; chiamo “contenuto” o “elemento materiale” il complesso delle fattispecie che costituiscono la materia, di cui quel recipiente è riempito».

³⁰ Su questo schema di rappresentazione della norma giuridica, v. G. PINO, *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, ETS, Pisa, 2017, cap. II.

³¹ *Francesco Carnelutti, teorico generale del diritto* (cap. I di questo volume), p. 10; *Filosofia del diritto e teoria generale del diritto* (cap. II di questo volume), p. 43.

Ebbene, questa tesi è abbastanza sorprendente: non si vede bene quale utilità avrebbe una teoria generale i cui strumenti fossero utili solo a capire il diritto italiano (o francese, o americano, ecc.), e perché mai dovrebbe essere così limitata. In fin dei conti, una definizione (e conseguente analisi) teorica, poniamo del concetto di fonte del diritto, o di consuetudine, o di sanzione, dovrebbe essere costruita in modo tale da illuminare almeno un gruppo sufficientemente ampio di esperienze giuridiche affini. Si può provare a ipotizzare la ragione, o le ragioni, per una simile delimitazione “nazionale” del campo e della rilevanza delle indagini teorico-generalì: è possibile che dietro questa idea vi fosse il sospetto, da parte di Bobbio, che le indagini teorico-generalì che vadano alla ricerca di “tipi”, di forme tipiche della giuridicità astratte e costanti attraverso gli ordinamenti, sfocino in una sorta di essenzialismo giusnaturalista. Di contro, Bobbio intende mantenere la propria concezione della teoria generale in un campo sia giuspositivista sia (in qualche senso) empirista; l’aggancio ad uno specifico diritto positivo serve dunque a Bobbio, possiamo immaginare, a consolidare l’immagine del teorico del diritto che non si occupa di un diritto diverso da quello di cui si occupano gli altri giuristi, di un diritto astratto o ideal-tipico: il teorico del diritto è, semplicemente, un giurista che usa strumenti specifici.

Per quanto riguarda il *metodo*, Bobbio insiste ripetutamente sulla possibilità di qualificare la teoria generale del diritto come una scienza³², che consiste nel fornire una “descrizione” dell’ordinamento, o meglio *di un* ordinamento³³.

La teoria generale del diritto è dunque una disciplina scientifica, non una disciplina filosofica. E la scientificità sembra coincidere, qui, essenzialmente (anche se forse non solamente³⁴)

³² V. ad es. *Filosofia del diritto e teoria generale del diritto* (cap. II di questo volume), pp. 35, 37.

³³ V. ad es. *Francesco Carnelutti, teorico generale del diritto* (cap. I di questo volume), p. 11.

³⁴ Bobbio osserva che il concetto fondamentale che è ad oggetto della teoria

con la “purificazione” del linguaggio, con l’uso da parte del teorico (e anche da parte del meta-teorico) di un linguaggio rigoroso³⁵.

Ancora una volta, se viste nel contesto storico e culturale in cui sono state formulate, queste tesi sono perfettamente comprensibili. In quel periodo, il rivolgersi alla scienza era certamente un modo per demistificare certi approcci tromboneschi alla conoscenza giuridica, praticati tanto da parte dei filosofi del diritto quanto da parte dei giuristi positivi; e la riconduzione del requisito della scientificità all’uso di un linguaggio rigoroso (che Bobbio sfrutterà soprattutto in riferimento alla possibilità di rendere scientifiche le discipline giuridico-positive³⁶) era influenzata da alcuni orientamenti allora presenti nella filosofia della scienza, come il fisicalismo di Carnap e Neurath³⁷. Oggi, però, credo che ben pochi sottoscriverebbero la tesi che la teoria del diritto sia, o debba diventare, una scienza, e peraltro lo stesso Bobbio sembra avere abbandonato questa posizione pochi anni dopo, quando in effetti è tornato a considerare la teoria generale del diritto come una partizione interna della filosofia del diritto.

Forse più sorprendente è invece l’affermazione che compito della teoria generale del diritto sia “descrivere” l’ordinamento giuridico – affermazione che peraltro rimanda implicitamente al supposto carattere scientifico della teoria generale. È piuttosto singolare immaginare che una teoria (e soprattutto una teoria “formale”) descriva qualcosa, come se prendesse atto oggettivamente di una “realtà giuridica” là fuori. Semmai, qualcosa di più simile ad una “descrizione” dell’ordinamento

generale è comunque «di derivazione empirica», e anche per questo la teoria generale non si distingue dalle altre scienze: *Filosofia del diritto e teoria generale del diritto* (cap. II di questo volume), p. 50.

³⁵ V. ad es. *Filosofia del diritto e teoria generale del diritto* (cap. II di questo volume), p. 40.

³⁶ Soprattutto in N. BOBBIO, *Scienza giuridica e analisi del linguaggio*, cit.

³⁷ Su questo aspetto della teoria del diritto di Bobbio, v. V. VILLA, *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali*, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 100 e ss.

giuridico potrebbe essere effettuata dalle discipline giuridico-positive, al netto del fatto che tali discipline cercano di trasformare il diritto positivo più spesso di quanto non cerchino di descriverlo. E a maggior ragione, qualcosa di più simile ad una descrizione potrebbe provenire dalla sociologia del diritto – un altro campo di indagine che Bobbio intende separare nettamente dalla teoria generale del diritto. Ad ogni modo, una teoria – più che descrivere – elabora dei modelli e degli schemi concettuali che servono a rendere più accessibile una certa sfera dell'esperienza, in questo caso l'esperienza giuridica. Quando il teorico elabora un concetto di, poniamo, diritto soggettivo, o di fonte del diritto, ecc., non descrive nulla: piuttosto, propone un concetto che si suppone essere idoneo a meglio comprendere ciò che accade quando qualcuno reclama un diritto soggettivo, o quando ci si chiede se un certo atto produca diritto³⁸. Certamente l'impresa del teorico del diritto è *conoscitiva*: è finalizzata a comprendere la realtà più che a valutarla o a trasformarla. Ma ciò non ne fa automaticamente una questione di *descrizione* della realtà.

Per quanto riguarda la questione della *funzione* della teoria (o forse della meta-teoria) generale del diritto, così come concepita da Bobbio, intendo questo: qual è, in fin dei conti, lo scopo pratico (se ve ne è uno) della proposta bobbiana? Perché scientificizzare la teoria generale del diritto, a quale scopo insistere sul carattere puramente formale e dunque scientifico di questa disciplina? La rifondazione metodologica proposta da Bobbio è innovativa, ambiziosa, e impegnativa: ma quello che non sembra emergere chiaramente è il senso di tutto ciò.

³⁸ In un senso non troppo dissimile a quello appena esposto nel testo, Riccardo Guastini parla della filosofia del diritto come di un "laboratorio concettuale" (peraltro in tal modo rievocando ancora una volta, forse inavvertitamente, una immagine "scientifica" del teorico del diritto), mentre Luigi Ferrajoli sottolinea il carattere stipulativo (e dunque non descrittivo) delle definizioni impiegate dalla teoria del diritto. V. rispettivamente R. GUASTINI, *Manifesto di una filosofia analitica del diritto*, in «Rivista di filosofia del diritto», 1, 2012, pp. 51-66; e L. FERRAJOLI, *La teoria generale del diritto: l'oggetto, il metodo, la funzione*, cit.

Apparentemente, almeno dalle pagine di questo libro, sembrerebbe che per Bobbio questa impresa (la “scientificizzazione” della teoria del diritto, la sua conversione ad una disciplina formale) sia in qualche modo fine a sé stessa: è un bene *di per sé* che la teoria del diritto – e, su un piano diverso, le altre scienze giuridiche – assurgano alla dignità di discorsi scientifici, distinguendo accuratamente la *validità* giuridica delle norme dal loro *valore* morale. Così, per Bobbio sembra essere un bene *di per sé* che il giurista faccia scienza e non «opera di apologetica o di politica o di filosofia morale»³⁹, che produca una conoscenza del diritto quale di fatto è, tenendo tale conoscenza separata dalla valutazione morale del diritto stesso, dalla raccomandazione di rispettare il diritto vigente o di ribellarsi ad esso.

Ora, si può certamente convenire che separare la conoscenza di un oggetto dalla presa di posizione morale o politica verso quell'oggetto sia cosa meritevole. Il punto è che questa opera di “purificazione” o “scientificizzazione” della teoria del diritto potrebbe essere intesa o come una mossa puramente epistemologica (tracciare lo statuto del “buon giurista”, senza alcun altro obiettivo se non indicare le condizioni di “scientificità” del lavoro del giurista), oppure come parte integrante di una più ampia politica del diritto: in particolare, in quest'ultimo caso, la “scientificizzazione” della teoria del diritto potrebbe essere il primo passo nella costruzione di un atteggiamento distaccato, “laico”, disincantato nei confronti del diritto, e finalizzato a rendere più agevole la critica morale e politica del diritto stesso – ed è *questo* che sembra mancare nel discorso di Bobbio, come vedremo anche nel prossimo paragrafo. In Bobbio, anche un possibile spessore politico della “scientificizzazione” della teoria del diritto sembra rimanere, in definitiva, tutto nel perimetro del valore primariamente epistemologico di una conoscenza giuridica “ben fatta”⁴⁰.

³⁹ *La teoria pura del diritto ed i suoi critici* (cap. IV di questo volume), p. 80.

⁴⁰ Questo emerge, mi pare, anche dal seguente passo, forse uno dei più espliciti di Bobbio al riguardo: «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

4. Concetto di diritto e valore del diritto

Per concludere questa breve introduzione al contributo di Bobbio alla (meta)teoria del diritto, vale la pena richiamare l'attenzione su due ultimi punti, in qualche modo collegati tra loro.

Innanzitutto, come notato più volte, i saggi contenuti in questo volume segnano l'adesione da parte di Bobbio al normativismo kelseniano. Un'adesione non piatta, visto che uno dei saggi qui contenuti si chiude esplicitamente con l'annuncio da parte di Bobbio di voler dedicarsi – dopo aver difeso Kelsen da una serie di critiche infondate – alla critica di alcuni errori dello stesso Kelsen⁴¹. Ed è a partire da una prospettiva normativistica che Bobbio può innanzitutto evidenziare i limiti dell'approccio imperativistico difeso da un Carnelutti⁴². Ora, la cosa interessante è che Bobbio – pur manifestando una chiara predilezione per il normativismo – ammette che altri approcci sono possibili, e potenzialmente utili, in base al tipo di indagine che ci si propone di svolgere, e al tipo di problema che si intende trattare⁴³. Così, la teoria normativistica serve soprattutto a delimitare il campo della validità, cioè l'ambito delle norme giuridiche rispetto ad altri fenomeni normativi come il costume sociale; mentre la teoria del rapporto giuridico serve a distinguere

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*. [...] O, se si vuole, con una formula: *rigore contro furore*. [...] 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 prender posizione pro o contro» (N. Bobbio, *Lettera a Nicola Matteucci* (1963), in «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2000, pp. 416-425, a p. 418).

⁴¹ *La teoria pura del diritto ed i suoi critici* (cap. IV di questo volume), p. 110.

⁴² Più di dieci anni dopo, H.L.A. Hart farà un'operazione del tutto analoga: costruirà una propria versione del normativismo (diversa da quello kelseniano) sui limiti dell'imperativismo di J. Austin (H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Clarendon, Oxford, 1961, capp. II-IV).

⁴³ *Teoria generale del diritto e teoria del rapporto giuridico* (cap. III di questo volume), pp. 57-62.

i rapporti interpersonali di tipo giuridico dai rapporti di tipo morale o di tipo economico; e la teoria dell'istituzione si pone il problema del valore da attribuire ad ordinamenti diversi da quello statale.

Dunque, pur sostenendo in fin dei conti una primazia concettuale del normativismo rispetto agli altri approcci da lui presi in considerazione (tanto le teorie del rapporto giuridico quanto le teorie dell'istituzione non possono non presupporre il concetto di norma giuridica, per delimitare i rapporti *giuridici* e le istituzioni *giuridiche* rispetto a quelle che giuridiche non sono), Bobbio riconosce che la scelta in favore di un concetto di diritto è in gran parte dipendente dagli obiettivi dell'indagine di volta in volta intrapresa, e inoltre che tale scelta è spesso frutto di una (anche inconsapevole) opzione ideologica. In altre parole, vi è in Bobbio una esplicita presa di posizione in favore di un convenzionalismo e di un anti-essenzialismo concettuale, che respinge il "realismo ingenuo" di chi pensa che vi sia «una entità "diritto" collocata in modo inalterabile in una gerarchia ontologica precostituita, del cui ordinamento si tratta di trovare la chiave»⁴⁴. E anche questo è un ulteriore tassello sulla via di quell'opera di demistificazione della conoscenza giuridica che Bobbio sembra costantemente riproporsi in questa fase del suo pensiero.

Un secondo punto è il seguente. L'adesione al normativismo kelseniano porta facilmente con sé, come un riflesso pavloviano, l'accusa di formalismo giuridico. Bobbio ha cura, dunque, di distinguere vari sensi il formalismo: da una parte il formalismo "scientifico" proprio della teoria generale del diritto, che Bobbio ovviamente sottoscrive; dall'altra il formalismo etico, o concezione legalista della giustizia (che altrove chiamerà "positivismo giuridico come ideologia"), verso il quale ha un atteggiamento più sfumato⁴⁵.

Bobbio mostra che il formalismo etico (la concezione legali-

⁴⁴ *Una teoria psicologica e sociologica del diritto* (cap. VI di questo volume), p. 136.

⁴⁵ *Formalismo giuridico e formalismo etico* (cap. VII di questo volume).

stica della giustizia, l'idea che la legge è giusta in quanto tale), pur spesso associato al positivismo giuridico, è cosa ben diversa da una teoria normativistica del diritto. È vero che, da un punto di vista storico e psicologico, è facile il passaggio dall'uno all'altra. Sono tuttavia cose diverse, e non logicamente collegate: il formalismo etico è una teoria (o ideologia) della giustizia, la teoria formale del normativismo è una impresa conoscitiva. Bobbio mostra come il formalismo etico sia presente, in modi diversi, tanto in Hobbes quanto in Kelsen – ma avendo cura di evidenziare, in questo secondo caso, come una concezione legalistica della giustizia si trovi *accanto*, e non *dentro*, la dottrina pura del diritto.

Ebbene, nonostante il tono apparentemente distaccato dell'esposizione, e nonostante Bobbio abbia qui e altrove evidenziato che il positivismo ideologico "estremo" (Hobbes) *non sia* in realtà una posizione giuspositivistica, sembra che a più riprese Bobbio riveli una certa "fiducia" nel diritto⁴⁶ e nelle prestazioni che esso può svolgere nella società, e conseguentemente una certa propensione a considerare favorevolmente l'obbedienza e il rispetto per il diritto. Per Bobbio, può certamente accadere che il diritto si presti (come in effetti si era prestato nei decenni precedenti alla pubblicazione di questo volume) a strumento di poteri politici iniqui o aberranti; ma, in fondo, il diritto è comunque dotato di un valore *prima facie* positivo, riconducibile agli ideali dell'ordine, della pace, della certezza, della regolamentazione della coesistenza, dell'egualianza. Il diritto, secondo Bobbio, assicura *di per sé* un minimo di ordine, di pace, di certezza, di regolamentazione della

⁴⁶ Si veda ad es. il modo cui Bobbio respinge il punto di vista "scettico" sul diritto che ritrova in HAESAERT: *Una teoria psicologica e sociologica del diritto* (cap. VI di questo volume), p. 145. Si noti che in tal modo Bobbio si situa al di fuori di una corposa tradizione del pensiero giuspositivistico, da Bentham ad Hart, caratterizzata invece da una più o meno marcata sfiducia verso il diritto, e dall'appello ad un atteggiamento di costante vigilanza critica verso il diritto. Per alcuni spunti in tal senso, G. PINO, *¿Por qué ser positivistas?*, in Á. RÓDENAS, V. GARCÍA YZAGUIRRE (a cura di), *Jurisdicción y teoría del sistema jurídico. Homenaje a Juan Ruiz Manero*, Palestra-Marcial Pons, Bogotá-Madrid, pp. 375-393; Id., *Positivismo giuridico vs costituzionalismo?*, in «Rivista di filosofia del diritto», 1, 2024, pp. 33-46.

coesistenza, di eguaglianza – e queste per Bobbio sono prestazioni sociali nient'affatto disprezzabili⁴⁷. (Secondo Bobbio, peraltro, il formalismo etico porta alla giuridificazione del principio di non contraddizione⁴⁸: richiede che l'ordinamento giuridico sia coerente, e anche questo sembra essere oggetto di positivo apprezzamento da parte di Bobbio.)

Certo, Bobbio dice di non condividere fino in fondo lo scetticismo etico che emerge ad esempio dalle pagine di Kelsen⁴⁹. Ma riconosce che, nell'impossibilità di stabilire universalmente i contenuti di un sistema normativo, l'obbedienza alle leggi è l'«unica prescrizione che è universalizzabile in quanto è meramente formale»⁵⁰.

Devo ribadire che quella appena fornita è una interpretazione solo congetturale del pensiero di Bobbio: quando si esprime su questi punti, Bobbio parla per lo più solo in terza persona, apparentemente limitandosi a presentare e discutere posizioni di altri filosofi del diritto, o anche soluzioni astrattamente prospettabili senza che nessuno le abbia realmente difese. Ma rimane la sensazione che, dietro le formule apparentemente adia-

⁴⁷ Questo è affermato a chiare lettere in *Una teoria psicologica e sociologica del diritto* (cap. VI di questo volume), p. 145. Solo alcuni anni più tardi, mi pare, Bobbio introduce due importanti qualificazioni a quella che definisce espressamente una «difesa del positivismo come ideologia», e cioè 1) il requisito che le leggi in questione siano effettivamente idonee a realizzare i fini di pace, ordine, ecc.; e 2) che i valori "automaticamente" garantiti dal diritto non entrino in conflitto con altri valori moralmente superiori (la vita, la libertà, la dignità umana, ecc.). Cfr. N. BOBBIO, *Aspetti del positivismo giuridico* (1961), in *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., pp. 84-106, a pp. 97-98.

⁴⁸ *Formalismo giuridico e formalismo etico* (cap. VII di questo volume), pp. 154-156; Bobbio aggiunge anche che «un sistema giuridico, in quanto è fondato sul principio di legalità, non deve essere contraddittorio. [...] Ma ciò significa che il principio di non contraddizione è una vera e propria regola giuridica, contenuta implicitamente in ogni ordinamento». Una tesi analoga è stata ripresa e massicciamente sviluppata in L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 2 voll., Laterza, Roma-Bari, 2007.

⁴⁹ Bobbio considera «inaccettabile» il modo in cui Kelsen radicalizza il problema della soggettività e irrazionalità dei giudizi di valore: *La teoria pura del diritto ed i suoi critici* (cap. IV di questo volume), p. 85, e v. anche p. 110.

⁵⁰ *Formalismo giuridico e formalismo etico* (cap. VII di questo volume), p. 154.

fore, una preferenza personale di Bobbio si possa facilmente intravedere.

Se è così, ci si può allora chiedere se l'adesione da parte di Bobbio al normativismo kelseniano e alla teoria formale del diritto (così come, e forse in maniera ancora più decisiva, all'ideale scientifico della giurisprudenza), con il loro porre al centro dell'esperienza giuridica la norma come possibile oggetto di una conoscenza rigorosa, e con la possibilità di distinguere la certezza del diritto "che c'è", dalla variabilità delle opinioni su diritto "come lo si vorrebbe che fosse", non dipenda solo da esigenze teoriche e conoscitive (predisporre un apparato concettuale che permetta di meglio conoscere la realtà giuridica), ma piuttosto sia frutto, in ultima analisi, di una sottaciuta preferenza ideologica.

GIORGIO PINO

