



Rivista N°: 4/2015
DATA PUBBLICAZIONE: 30/10/2015

AUTORE: Valeria Marcenò*

BOBBIO “AL DI LÀ DI KELSEN”. IL SUPERAMENTO DELL’ETICA DELL’INDIFFERENZA**

1. *Il grande debito* – 2. *Il dualismo bobbio*. – 3. *Al di là di Kelsen*. – 4. *Il superamento dell’etica dell’indifferenza* – 4.1. *Giudizi di valore e giudizi di fatto*. – 4.2. *Dalla struttura alla funzione*. – 4.3. *Regole sulla produzione e regole sulla interpretazione*. – 5. *Scambiarsi le parti*. – 6. *Positivistà inclusivo?*

1. Il grande debito

Norberto Bobbio ha un debito nei confronti di Kelsen. Un debito evidente e dichiarato, che va ben oltre ciò che i numerosi suoi studi kelseniani lasciano di per sé intendere¹. L’incontro con la dottrina pura del diritto ha consentito che maturasse in Bobbio non tanto la “conversione” da anti-kelseniano a kelseniano, quanto «una lenta maturazione», «un processo di liberazione da idee, orientamenti, schemi mentali, ereditati dall’ambiente culturale in cui mi ero formato ed era avvenuto il mio tirocinio filosofico»².

* Associato in Diritto costituzionale nell’Università degli Studi di Torino. — valeria.marceno@unito.it

** Il presente lavoro nasce in occasione della ripubblicazione del volume di Norberto BOBBIO, *Diritto e potere. Saggi su Kelsen* (Torino, Giappichelli, Collana Bobbiana, 2014) e della sua presentazione avvenuta nel corso del convegno «BOBBIO costituzionalista», organizzato dal Centro Gobetti in collaborazione con il Dipartimento di Giurisprudenza di Torino, e svoltosi a Torino nella giornata del 30 ottobre 2014. Esso mira a ricostruire l’interpretazione della dottrina pura del diritto offerta da Norberto BOBBIO e a mettere in evidenza quegli aspetti che connotano il suo allontanamento dall’impostazione kelseniana. A tal fine la bibliografia citata è volutamente circoscritta.

¹ Come riconosciuto dallo stesso BOBBIO nella *Prefazione* alla raccolta di suoi scritti su Kelsen (N. BOBBIO, *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, pubblicato nel 1992 a cura di Tommaso Greco e con introduzione di Agostino Carrino, Torino, 2014. I riferimenti al volume che seguiranno saranno tratti dalla seconda edizione).

² N. BOBBIO, *Autobiografia intellettuale*, in Id., *De senectute*, Torino, 2006, p. 118. In una lettera, indirizzata a Patrizia Borsellino, con riferimento alla bibliografia ragionata e all’inclusione in essa degli scritti giovanili, ritorna il tema della “liberazione”: «sono scritti [quelli giovanili] che mostrano una sola cosa: la fatica che ho fatta

Un processo di maturazione che intreccia discontinuità a continuità³. Discontinuo (se non di rottura) è l'atteggiamento nei confronti dell'ambiente culturale di origine, in cui, dominante la filosofia idealista, il filosofo del diritto «era chiamato a riflettere perennemente su due grandi temi, [...] chiamati del “concetto” e dell’”idea” del diritto»⁴. La sterilità della filosofia speculativa, la sua incapacità a dare risposte a questioni concrete, lo porta ad abbracciare – per una certa fase della sua vita di studioso - la filosofia analitica.

Continuo è il legame con la materia oggetto di studio e con il metodo utilizzato. La teoria generale del diritto rimane al centro dei suoi studi: «Avevo sin dall'inizio concepito il mestiere di filosofo del diritto più *sub specie iuris* che *sub specie philosophiae*, come disciplina rivolta più ai giuristi che ai filosofi»⁵. Il metodo che lo accompagnerà è – potremmo dire – kelsenianamente ispirato, nel senso che procede secondo la ricostruzione sistematica «di concetti-chiave per la comprensione realistica (non ideologizzata) del diritto distinto dalla sua base sociale e dai valori che di volta in volta lo ispirano»⁶.

Un debito che Bobbio non trascura di riconoscere in tutti i suoi scritti. Un riconoscimento tradottosi plasticamente nella difesa dagli attacchi mossi sia al Kelsen uomo⁷ sia al Kelsen giurista: «della dottrina normativa» - dice - «un teorico generale non può sbarazzarsi, oggi, con un'alzata di spalle: la si discute, e dopo averla discussa, si può rifiutarla»⁸. Certamente Bobbio non la rifiuta. Anzi: da tutti i suoi scritti trapela il suo intento di tenere insieme i diversi aspetti della teoria pura del diritto, di eliminare fraintendimenti, ridurre distanze, colmare incomprensioni, dare risposte a critiche, offrirne un'attenta comprensione e contribuire

per liberarmi da un'educazione filosofica che non rispondeva alla mia vocazione di studioso» (P. BORSELLINO, *Norberto Bobbio e la teoria generale del diritto. Bibliografia ragionata 1934 – 1982*, Milano, 1983, p. 6).

³ P. P. PORTINARO, *Realismo politico e dottrina dello Stato*, in AA. VV., *Norberto BOBBIO tra diritto e politica*, Roma – Bari, 2005, p. 117.

⁴ N. BOBBIO, *Autobiografia intellettuale*, in Id., *De senectute*, cit., p. 117.

⁵ N. BOBBIO, *Autobiografia intellettuale*, in Id., *De senectute*, cit., p. 116.

⁶ N. BOBBIO, *Per una bibliografia*, in Id., *De senectute*, cit., p. 84.

⁷ Il riferimento è alle accuse mosse a Kelsen di essere un narcisista, un piccolo-borghese, il tessitore di una inerte logica sillogistica, un chierico che tradisce. Risponde Bobbio a difesa: «Lascio da parte l'accusa di “piccolo borghese”. A proposito, sinora, si era usata l'espressione “tradimento dei chierici” per indicare l'uomo di cultura che mette la verità, di cui egli è custode, a servizio della politica. Qui invece viene usata la stessa espressione per indicare la neutralità del chierico di fronte alle varie ideologie politiche. Povero chierico: tradisce quando si sottomette alla politica, tradisce quando vi si sottrae. È decisamente, quello del chierico, un mestiere molto difficile ai giorni nostri. Due sole osservazioni: l'ideologia piccolo-borghese è l'ideologia della neutralità o del conformismo? Sono due cose ben diverse e, quando si scagliano accuse così veementi contro uomini di alta statura morale e intellettuale come il Kelsen, bisogna essere precisi: la neutralità è la posizione di chi non si mette né da una parte né dall'altra; il conformismo è, al contrario, l'atteggiamento di chi si mette, *perinde ac cadaver*, tutto da una sola parte. E in secondo luogo: sarebbe disposto ad ammettere il Nicolosi che tutte le ricerche indifferenti ai valori, nel campo dell'esperienza umana, sono indizi di neutralismo o conformismo piccolo-borghese? Sono neutralisti o conformisti gli psicologi e i sociologi, i logici e i biologi, tutti gli analisti semantici?» (N. BOBBIO, *La teoria pura del diritto e i suoi critici*, in Id., *Diritto e potere*, cit., pp. 30-31).

⁸ N. BOBBIO, *Prefazione, Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, cit., p. 3, riprendendo una sua affermazione tratta da *Francesco Carnelutti, teorico generale del diritto*, in *Giur. it.*, Parte IV, 1949, e ora in *Studi sulla teoria generale del diritto*, Torino, 1955, p. 21.

alla sua corretta “divulgazione”. In questo senso Bobbio è, come egli stesso si definì, il principale responsabile della kelsenite in Italia⁹.

2. Il dualismo bobbiano.

Il debito più grande che Bobbio ha nei confronti di Kelsen è indubbiamente il “dualismo”, il suo essere «un dualista impenitente»¹⁰.

Un dualismo che sembra sdoppiarsi nel pensiero bobbiano, in “dualismo teorico” e “dualismo pragmatico” (o dualismo nella pratica).

Si potrebbe parlare di “dualismo teorico” per intendere la continua necessità, nella fase della conoscenza, di un approccio rigoroso nel tenere separate le idee, nel ragionare per dicotomie, per coppie concettuali, nel combattere le confusioni e le “terze vie” concettuali¹¹: si tratta della distinzione categoriale tra il mondo dei fatti e quello dei valori, tra essere e dover essere, tra ontologia e deontologia, tra ragione ed emozione¹².

Si potrebbe parlare di “dualismo pragmatico” per intendere il modo con cui cercare di dare soluzioni o risposte alle questioni. Soluzioni o risposte che, a differenza di ciò che avviene sul piano teorico, non possono essere dicotomiche; soluzioni o risposte che, dato il loro riflesso pratico, devono essere necessariamente compromissorie. Il dualismo pragmatico che si risolvesse in dicotomie porterebbe allo scontro; perché, al contrario, sia raggiunto l’incontro, il dualismo, nella pratica, implica combinazioni.

Dualismi eguali e contrarii allo stesso tempo: eguali, nel senso che sia quello teorico che quello pragmatico riconoscono la pluralità di ipotesi ricostruttive; contrarii, nel senso che mirano a due fini diversi: il primo, a distinguere, a – per utilizzare un’espressione più volte ripresa da Bobbio - “tagliare in due”¹³; il secondo, a comporre, combinare.

⁹ N. BOBBIO, *Prefazione, Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, cit., p. 2.

¹⁰ N. BOBBIO, *Risposta ai critici*, in Id., *De senectude*, cit., p. 143.

¹¹ G. ZAGREBELSKY, *Prefazione*, in N. BOBBIO, *De senectude*, cit., p. XI.

¹² M. BOVERO, *La teoria generale della politica. Per la ricostruzione del «modello bobbiano»*, in AA. VV., *Norberto BOBBIO tra diritto e politica*, cit., pp. 86 - 87, il quale definisce l’approccio dicotomico come «la forma trascendente (almeno prevalente o privilegiata) del pensiero di Bobbio» (p. 86); «la forma degli occhiali attraverso cui Bobbio legge i suoi autori e la realtà» (p. 87). Precisa poi l’A. che «BOBBIO usa molte paia di occhiali, cambiandoli spesso, inforcando di volta in volta quelli adeguati a discernere meglio le articolazioni interne di un oggetto o di un problema messo a fuoco in precedenza con un altro paio di occhiali. [...] il lavoro principale di BOBBIO è consistito nel forgiare lenti chiare, di trasparenza cristallina, per osservare il mondo, allo scopo primario ed essenziale, anche se non unico, di dissipare equivoci e confusioni» (p. 87).

¹³ L’espressione torna frequentemente negli scritti bobbiani. Si vedano N. BOBBIO, *Introduzione*, in Id., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico* (1972), ora con prefazione di Luigi Ferrajoli, Roma - Bari, 2011, p. 6 («Esiste un limite tra positivismo e giusnaturalismo che taglia a metà la nostra stessa persona»); N. BOBBIO, *Essere e dover essere nella scienza giuridica*, in Id., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, cit., pp. 51 e 54 («[...] anche riguardo alla metagiurisprudenza, come riguardo alla giurisprudenza, il problema non può essere risolto con un taglio netto e una volta per sempre»).

3. Al di là di Kelsen

Bobbio - come molti hanno messo in evidenza, e come egli stesso spesso ha affermato - va oltre Kelsen, va «al di là di Kelsen»¹⁴. Per quanto affascinato dal rigore e dalla pretesa “purezza” della teoria normativa, Bobbio ne coglie i limiti. Come è stato detto, Bobbio non è «un kelseniano ortodosso»¹⁵; la sua teoria del diritto, a differenza di quella di Kelsen, non è “pura”, nel senso che «non isola il fenomeno giuridico (e soprattutto la sua comprensione) dagli altri fenomeni nei quali si articola l’attività pratica, come invece avviene in Kelsen»¹⁶. Bobbio - come egli stesso amò descriversi¹⁷, facendo propria una definizione coniata da Sergio Cotta¹⁸ - è un «positivista inquieto», un normativista che pur scova, nella dottrina kelseniana, «qua e là qualche falla da cui traspare il momento ideologico dell’uomo Kelsen»¹⁹.

Ma, questo andare “al di là di Kelsen” non si riduce alla mera scoperta di falle nella dottrina pura; né si può riassumere con la formula riduttiva di una “svolta” nella riflessione bobbiana, o di un “ritorno” all’anti-kelsenismo²⁰.

Bobbio va “oltre” Kelsen nel senso che, una volta riconosciuta la fondatezza di alcune obiezioni o la debolezza di alcune argomentazioni, propone nuove soluzioni²¹. È nella soluzione la novità di Bobbio rispetto a Kelsen²². Il dualismo non lo conduce “a schierarsi contro”, a escludere un corno del problema rispetto all’altro, a “tagliare” il nodo - «questo nodo aggrovigliatissimo dei problemi dell’uomo nella società di oggi» - «in termini di alternativa, di *aut aut*, di opzione radicale. O di qua o di là»²³.

¹⁴ N. BOBBIO, *Prefazione*, in Id., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, cit., p. 6.

¹⁵ P. P. PORTINARO, *Realismo politico e dottrina dello Stato*, in AA. VV., *Norberto BOBBIO tra diritto e politica*, cit., p. 140.

¹⁶ S. COTTA, *Bobbio: un positivista inquieto*, in AA.VV., *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Milano, 1983, p. 45.

¹⁷ N. BOBBIO, *Recensione a Il diritto mite* di Gustavo Zagrebelsky, in *L’indice*, marzo 1993, n. 3.

¹⁸ Nel senso che «l’inquietudine lo porta alla difesa del primato del diritto e a un certo accostamento al giusnaturalismo» (S. COTTA, *Bobbio: un positivista inquieto*, cit., p. 55).

¹⁹ N. BOBBIO, *La teoria pura del diritto e i suoi critici*, in Id., *Diritto e potere*, cit., p. 41.

²⁰ A. CALSAMIGLIA, *Una lettura antikelseniana di BOBBIO*, in P. COMANDUCCI e R. GUASTINI (a cura di), *Analisi del diritto*, Torino, 1993, pp. 31ss., il quale tuttavia precisa che «la de-kelsenizzazione di Bobbio non è un ritorno al passato, non è un rinascimento delle posizioni cui si oppose Kelsen, non è un ritorno al vecchio positivismo dualista di Jellinek o al giusnaturalismo. È un passo avanti, che apre nuove prospettive per il futuro» (p. 40). Nello stesso senso, P. P. PORTINARO, *Realismo politico e dottrina dello Stato*, in AA. VV., *Norberto BOBBIO tra diritto e politica*, cit., p. 143 («L’andare oltre Kelsen assume così le fattezze di un ritorno a Hobbes»).

²¹ S. COTTA, *Bobbio: un positivista inquieto*, in AA.VV., *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, cit., p. 44.

²² Luigi Ferrajoli parla di “approccio bobbiano”: «chiarificazione dei concetti, [...] dissoluzione dei falsi contrasti e dei falsi problemi e [...] sollecitazione del confronto, contro ogni forma di dogmatismo, tra i diversi orientamenti filosofici». «Bobbio ci invita a riconoscere che il diritto può essere guardato da più punti di vista differenti - quello della giustizia, quello della validità e quello dell’effettività - corrispondenti a discipline diverse e ad altrettanti metodi di indagine che non possono confondersi gli uni con gli altri ma neppure ignorarsi reciprocamente» (L. Ferrajoli, *Prefazione a N. BOBBIO, Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. V).

²³ N. BOBBIO, *Invito al colloquio*, in Id., *Politica e cultura*, Torino, 1995, p. 15.

Il dualismo, al contrario, lo porta alla moderazione, alle inclusioni, alla co-esistenza. La conoscenza teorica rimane dicotomica (dualismo teorico): non si può procedere nella conoscenza se non per contrapposizioni concettuali²⁴. La prudenza pratica, però, conduce a compromessi, a ridurre le distanze (dualismo pragmatico) tra ciò che, sul piano teorico, è inconciliabile poiché connotato di un carattere oppositivo²⁵. Un dualismo pragmatico che probabilmente trae origine dal duplice volto di Bobbio, dall'essere uno studioso capace di coniugare filosofia e pratica, «affinché la filosofia non isterilisca su se stessa e la pratica non si riduca a cieco volontarismo»²⁶; uno studioso – secondo una formula ripresa da Tommaso Greco - «espertissimo nel dividere l'uno, e nell'unificare il molteplice»²⁷.

In questo senso si comprende l'affermazione: «Oltre Kelsen, dunque, ma sempre (in larga e fondamentale parte) con Kelsen»²⁸.

4. Il superamento dell'etica dell'indifferenza.

Sono diversi (e numerosi) i punti in cui Bobbio - a volte in modo esplicito, altre in maniera più velata - prende le distanze dall'impostazione kelseniana. Temi nei quali paiono rinvenirsi tracce dei tre aspetti appena delineati (il dualismo nella conoscenza, il dualismo nella soluzione, l'andare al di là di Kelsen), e che sembrano riducibili a un unico denominatore: il superamento dell'etica dell'*indifferenza* o, detto diversamente, la perdita di neutralità della teoria normativa.

L'aggettivo "indifferente", infatti, non è casuale nella prosa bobbiana. Il ricorso a tale termine – e la precisazione della necessità del suo superamento – affiora con riferimento ad almeno tre questioni:

1. i giudizi di valore (è il tema della *Wertfreiheit*);
2. la realtà sociale;
3. il rapporto tra regole di produzione e regole di interpretazione del diritto.

²⁴ «Comprendere» - dice Bobbio - «vuol dire anzitutto chiarire esattamente i termini in cui vengono proposte le antitesi, quelle antitesi con le quali si cerca di incatenare i fedeli ad una disciplina e di mettere con le spalle al muro l'avversario» (N. BOBBIO, *Invito al colloquio*, cit., p. 20).

²⁵ Un atteggiamento, quello dell'uomo di cultura, che non vuol dire – precisa BOBBIO – non impegnarsi: l'uomo di cultura ha un suo modo d'impegnarsi, «purché s'intenda bene che egli non può decidersi che per i diritti del dubbio contro le pretese del dogmatismo, per i doveri della critica contro le seduzioni della infatuazione, per lo sviluppo della ragione contro l'impero della cieca fede, per la veridicità della scienza contro gli inganni della propaganda» (p. 16). Il filosofo è impegnato: è impegnato per la *verità* (N. BOBBIO, *Invito al colloquio*, cit., p. 17).

²⁶ G. ZAGREBELSKY, *Prefazione* a N. BOBBIO, *De senectude*, cit., p. XII, il quale definisce Bobbio l'uomo degli ossimori, il «filosofo militante».

²⁷ T. GRECO, *Norberto Bobbio: un itinerario intellettuale tra filosofia e politica*, Roma, 2000, p. 243.

²⁸ S. Cotta, *BOBBIO: un positivista inquieto*, in AA.VV., *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali*, cit., p. 44. «Nell'ambito dell'analisi della struttura (e, per ora, anche del contenuto) della norma giuridica - l'ambito della "nomostatica" kelseniana – BOBBIO resta fedele a Kelsen, ma non lo è più nell'ambito della "nomodinamica", dell'analisi dell'origine del diritto, rapportata ormai, sia pure in termini cauti e talora impliciti, al potere politico» (p. 49).

4.1. Giudizi di valore e giudizi di fatto.

Il merito che Bobbio riconosce a Kelsen è quello di aver risolto (o, perlomeno, proposto un modo per risolvere) il problema della sovrapposizione concettuale tra il *valore* del diritto e la sua *validità*, il problema della giustizia di una norma e della sua validità (esistenza, per Kelsen²⁹). Soluzione che consiste nell'aver eliminato «non l'uno o l'altro problema, ma la *confusione* di entrambi»³⁰ : non che il problema della norma giusta non sia un problema, ma è un problema dal quale il giurista deve rimanere estraneo, perché oggetto delle sue occupazioni deve essere solo il diritto effettivamente valido. La scienza giuridica, per essere scienza, deve «essere indifferente ai valori»³¹. Una cosa è la teoria del diritto, un'altra la teoria della giustizia del diritto: la prima, in quanto teoria della conoscenza, si occupa della validità di una norma, della sua appartenenza all'ordinamento giuridico, e si fonda dunque su giudizi di fatto; la seconda, si occupa della giustizia delle norme, della loro conformità a un ideale di giustizia, e si fonda dunque su giudizi di valore.

Ciò non significa, precisa Bobbio, che Kelsen ricade nella teoria legalistica della giustizia (una norma è giusta in quanto valida), ove validità e valore tornano a confondersi³².

Un dualismo teorico, al quale però Bobbio non giura fedeltà. In numerosi passaggi, infatti, Bobbio sottolinea l'imprescindibilità, anche per il giurista, dai giudizi di valore: si ricordi l'affermazione per cui «la *Wertfreiheit* è un ideale-limite, non è una realtà di fatto»³³; all'osservazione secondo la quale il percorso del giurista, in tutte le fasi della sua ricerca, è intriso di giudizi di fatto e giudizi di valore³⁴ ; ai dubbi sollevati, anche se poi non portati fino a

²⁹ H. KELSEN, *Reine Rechtslehre* (1960), trad. it. di M.G. LOSANO, *La dottrina pura del diritto*, Torino, 1966, cap. V, par. 35, p. 298 (ove Kelsen sintetizza l'inammissibilità dell'idea di un diritto invalido con la frase «una norma contraria alla norma» è una contraddizione in termini). Coincidenza concettuale, quella tra validità ed esistenza, ripresa da Norberto Bobbio in Id., *Il ragionamento del giurista* [1955], in P. COMANDUCCI e R. GUASTINI (a cura di), *L'analisi del ragionamento giuridico*, II, Torino, 1989, p. 161ss.

³⁰ N. BOBBIO, *La teoria pura del diritto e i suoi critici*, in Id., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, cit., p. 18.

³¹ *Ibidem*, p. 17.

³² «La teoria pura del diritto è una teoria della conoscenza del diritto, non è una teoria della giustizia, e quindi, se non può identificarsi con la teoria giusnaturalistica, non può neppure identificarsi con la concezione legalistica, che è anch'essa una teoria della giustizia. Essa è, di fronte alle teorie della giustizia, in una parola, indifferente; e proprio in quest'indifferenza fa consistere il dovere del giurista, in quanto scienziato» (N. BOBBIO, *La teoria pura del diritto e i suoi critici*, in Id., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, cit., p. 22). E poche pagine oltre: «Non si potrebbe mai trarre dalla concezione kelseniana il principio che il diritto è giusto in quanto è comandato, perché da nessun passo del Kelsen si può trarre la conclusione che il diritto, il quale esiste in quanto è comandato (e fatto valere colla forza), sia anche giusto. E tale conclusione non si può trarre perché il Kelsen, al contrario di un giusnaturalista come Hobbes, non si pone mai, nella sua teoria pura, sul terreno della giustificazione morale del diritto e quindi della costruzione dello Stato ideale, ma semplicemente su quello della descrizione e della costruzione dello Stato effettivamente esistente» (p. 26).

³³ N. BOBBIO, *Essere e dover essere nella scienza giuridica*, in Id., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, cit., p. 67.

³⁴ *Ibidem*, p. 60. Il che però non significa, precisa Bobbio, che parlare di giudizi di valore implica trascendere nel puro soggettivismo, irrazionalismo, arbitrarietà: «una radicalizzazione del problema [...] inaccettabile» (N. BOBBIO, *La teoria pura del diritto e i suoi critici*, in Id., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, cit., p. 19). Su questo

una completa rielaborazione, sul concetto di validità formale (confessa Bobbio di essersi riceduto sulla riduzione del diritto al diritto formalmente valido, riconoscendone l'eccessiva rigidità e proponendone un abbandono con l'introduzione del concetto di validità materiale³⁵).

Ma, soprattutto, si pensi alla constatazione per la quale la stessa costruzione normativa del diritto proposta da Kelsen è intrisa di ideologia, è - diremmo oggi - "una dottrina mascherata da teoria"³⁶: nel momento in cui la teoria normativa, «sotto apparenza di osservare ciò che di fatto compiono i giuristi, tende a insinuare che cosa dovrebbero fare per adempiere meglio al loro compito»³⁷, non descrive ciò che i giuristi fanno, ma prescrive ciò che devono fare³⁸. Dice Bobbio: «La teoria kelseniana della scienza giuridica in una formula ad effetto, si potrebbe dire che *prescrive di descrivere*. Il che val quanto dire - con un'altra formula - che una scienza del diritto *neutrale* è ottenuta al prezzo di una meta-giurisprudenza *ideologizzata*»³⁹. «È sempre estremamente difficile distinguere con taglio netto dove finisce la teoria e dove comincia l'ideologia»⁴⁰.

Analoghe osservazioni possono essere avanzate sulla concezione della giurisprudenza, su quella contrapposizione - oggi ancora viva - tra giurisprudenza interpretativa e giurisprudenza creativa. Un contrasto, sottolinea Bobbio, «di natura politica e ideologica»⁴¹. La preferenza per l'una o per l'altra non dipende da valutazioni oggettive, ma è accordata sulla base di giudizi di valore: la certezza del diritto o l'equità, «dal momento che l'interpretazione entro i limiti delle leggi assicura meglio il valore della certezza, la creatività della giurisprudenza quello dell'equità»⁴². Lo stesso Kelsen, su questo punto, «non si man-

aspetto, si rimanda alla lavoro di R. Caterina, *Interpretazione e ragione pratica in Norberto BOBBIO*, pubblicato in questo volume.

³⁵ N. BOBBIO, *Risposta ai critici*, in Id., *De senectute*, cit., p. 135ss.

³⁶ Sul presupposto che le teorie si riferiscono alla realtà come è (essere); le dottrine, alla realtà come si vorrebbe che fosse (dover essere). Nelle prime la realtà sta *prima* e deve essere conosciuta; nelle seconde la realtà sta *dopo* e deve essere costruita.

³⁷ N. BOBBIO, *Essere e dover essere nella scienza giuridica*, in Id., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, cit., p. 51.

³⁸ «Se il giurista ha il compito di descrivere e non quello di prescrivere, ciò vuol dire che la descrizione del diritto esistente è una meta cui *deve* tendere. La funzione meramente *teoretica* e non *politica* del giurista non appartiene necessariamente alla giurisprudenza *reale*, bensì corrisponde necessariamente all'*ideale* della giurisprudenza che Kelsen vuol perseguire» (N. BOBBIO, *Essere e dover essere nella scienza giuridica*, in Id., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, cit., p. 53).

³⁹ *Ibidem*, p. 54.

⁴⁰ *Ivi*. Una chiara distinzione dei due concetti è espressa in N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Torino, 1996, p. 233: «[...] la teoria è l'espressione dell'atteggiamento puramente *conoscitivo* che l'uomo assume di fronte a una certa realtà, ed è quindi costituita da un complesso di giudizi di fatto che hanno il solo scopo di *informare* gli altri su tale realtà; l'ideologia invece è l'espressione dell'atteggiamento *valutativo* che l'uomo assume di fronte a una realtà, e consiste in un complesso di giudizi di valore relativi ad essa, giudizi che si fondano sul sistema di valori accolto da colui che li formula, e che hanno lo scopo di *influire* su tale realtà». Si noti però l'utilizzo del termine "tagliare", per intendere qui la difficoltà di mantenere, sul piano pratico, una distinzione concettualmente ammissibile.

⁴¹ N. BOBBIO, *La teoria pura del diritto e i suoi critici*, in Id., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, cit., p. 40.

⁴² *Ibidem*, p. 41. BOBBIO ritornerà sulla connessione tra concezione della giurisprudenza e concezione dei fini del diritto in N. BOBBIO, *Il ragionamento del giurista*, cit., p. 163: «Ci sono buone ragioni infatti per credere

tiene nei limiti di una teoria generale del diritto»; «non rimane indifferente di fronte al problema della certezza o dell'equità perché afferma esplicitamente che la certezza è un'illusione»⁴³. Certamente – dice Bobbio – «la certezza non è un'illusione, ma un valore. Considerandola come illusione, Kelsen mostra chiaramente di respingerla come valore e di accettare il valore contrario, uscendo dalla sua neutralità di teorico puro»⁴⁴.

Non sfugge al processo di disvelamento ideologico, «se pure inconsapevole, e anche espressamente smentito»⁴⁵, la concezione della norma fondamentale e il suo primato sul potere. Kelsen riconosce l'importanza del potere giuridico nel sistema normativo, ma non – sottolinea Bobbio – la sua centralità. Bobbio tornerà più volte sul tema del rapporto tra diritto e potere, tra norma fondamentale e potere fondamentale, per ribadire che – usando sue espressioni – «diritto e potere [sono] due facce della stessa medaglia, tanto che al vertice o alla fonte è impossibile distinguerli. [...] all'origine, *“lex et potestas convertuntur”*»⁴⁶. «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 quando poi ciò che alla fine consente d'identificare un ordinamento come ordinamento giuridico non è la validità delle norme ma la loro efficacia, il che val quanto dire che ciò che chiude il sistema non è una norma ma un potere»⁴⁷. È vero che il fondamento delle norme è, se non si vuole regredire all'infinito, la norma fondamentale; ma è anche vero che il criterio di validità da solo non basta: l'ordinamento giuridico è valido solo se è anche efficace. La concezione, dunque, che vede nella norma fondamentale, e non nel potere, la chiusura del sistema è, secondo Bobbio, una mera preferenza ideologica, volta a soddisfare un'esigenza di coerenza interna alla teoria normativa⁴⁸.

che il diverso apprezzamento che vien dato dell'attività del giurista dipenda da una diversa valutazione dei fini del diritto. Colui che antepone la certezza, perché considera come fine principale del diritto l'ordine, sarà disposto ad apprezzare di più quella giurisprudenza che presenta le proprie conclusioni come il risultato di una catena di ragionamenti formalmente corretti, formanti nel loro complesso un sistema deduttivo, ed affermerà, sovrapponendo il proprio desiderio all'osservazione delle cose, che la giurisprudenza deve essere un sistema logico; colui invece che antepone il giudizio equo nel caso singolo alla certezza della previsione, perché considera come fine principale del diritto la giustizia, tenderà a dare maggiore peso allo spirito di finezza, alle facoltà intuitive dell'interprete che non all'abilità dimostrativa, ed affermerà con altrettanta intransigenza, ma con altrettanto scarsa considerazione dei fatti, che la giurisprudenza deve essere un sistema di liberi giudizi equitativi».

⁴³ N. BOBBIO, *La teoria pura del diritto e i suoi critici*, in Id., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, cit., p. 41.

⁴⁴ *Ivi*.

⁴⁵ N. BOBBIO, *Kelsen e il problema del potere*, in Id., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, cit., p. 147.

⁴⁶ N. BOBBIO, *Congedo*, in Id., *De senectute*, cit., p. 96.

⁴⁷ N. BOBBIO, *Kelsen e il problema del potere*, in Id., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, cit., p. 145.

⁴⁸ «[...] si può dire che lo stesso ordinamento gerarchico, costituito da norme che istituiscono poteri e da poteri che creano norme, si presenta in due modi diversi secondo che lo si guardi dal basso verso l'alto o dall'alto verso il basso: nella prima direzione appare come una salita di norme, nella seconda come una discesa di poteri. Per la teoria normativa in basso c'è un potere cui non segue più alcuna norma (si tratta degli «atti esecutivi semplici» di Kelsen); per la teoria tradizionale dello Stato in alto c'è un potere che precede tutte le norme (mentre nella teoria normativa è preceduto dalla norma fondamentale). 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» (N. BOBBIO, *Dal potere al diritto e vice-*

4.2. Dalla struttura alla funzione.

Per quanto il problema della validità del diritto rimanga concettualmente distinto dal problema della sua effettività (dualismo teorico), ciò non significa che alla realtà si sia e si debba rimanere *indifferenti*, che la teoria generale del diritto sia e debba rimanere sradicata dalla realtà. Per Bobbio l'analisi strutturale del diritto (il modo con cui le norme sono unite nel sistema, il sistema delle fonti del diritto o – come preferisce Kelsen – i modi di produzione del diritto) da sola non basta per comprendere il ruolo del diritto e del giurista: la struttura normativa suggerisce un modello possibile⁴⁹, ma – precisa Bobbio, così differenziandosi da Kelsen – non si può prescindere dall'analisi funzionale.

La definizione kelseniana del diritto come «una forma di tecnica sociale», come l'organizzazione del potere coattivo – per cui il diritto è il mezzo (la struttura formale) che consente ai governanti di realizzare i fini (contenuto) – denota certamente una rottura, da parte del filosofo austriaco, con l'iniziale rigidità o tendenza alla parzialità del punto di vista⁵⁰. Ma, la perdurante indifferenza kelseniana per l'analisi funzionale rappresenta per Bobbio ancora un "limite" della teoria pura del diritto e la sua "inadeguatezza"⁵¹.

Dice Bobbio sulla funzione sociale del diritto: «da quando lo Stato ha cessato di essere indifferente di fronte allo sviluppo economico, la funzione del diritto ha cessato di essere esclusivamente protettivo-repressiva. [...] quando lo Stato si assume il compito, non soltanto di controllare lo sviluppo economico, ma di dirigerlo, [...] la funzione del diritto non è più soltanto protettivo-repressiva ma anche, e sempre più frequentemente, promozionale. [...] Si tratta di passare dalla concezione del diritto come forma di controllo sociale alla concezione del diritto come forma di controllo e di *direzione* sociale»⁵².

E sulla funzione sociale del giurista: «Tanto la giurisprudenza quanto la metagiurisprudenza sono attività che si svolgono in un determinato contesto storico, da cui sono più o meno condizionate. [...] poiché con la sua stessa opera la giurisprudenza può modificare la situazione esistente e trasformare un sistema semplice in un sistema complesso, per determinare quale sia la reale funzione sociale della giurisprudenza in una data situazione storica, occorre tenere conto non solo di ciò che il ruolo della giurisprudenza dovrebbe essere se-

versa, in Id., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, cit., p. 188). E ancora: «Per quel che riguarda la diversità delle prospettive, essa deriva da scelte ideologiche o metodologiche sulle quali una teoria generale ha ben poco da dire» (N. BOBBIO, *Congedo*, in Id., *De senectude*, cit., p. 97).

⁴⁹ In questo senso si spiega la natura necessariamente formale della teoria generale del diritto. «Il cosiddetto formalismo della teoria kelseniana è l'effetto della formalità del diritto, qual è considerato dalla teoria generale. Ma in questo senso ogni teoria generale, e non soltanto quella kelseniana, è formalistica, diciamo meglio «formale»; «e se non è formale, non serve a nulla» (N. BOBBIO, *La teoria pura del diritto e i suoi critici*, in Id., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, cit., pp. 34 - 35).

⁵⁰ *Ibidem*, p. 32.

⁵¹ N. BOBBIO, *Struttura e funzione del diritto*, in Id., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, cit., pp. 98 e 101.

⁵² *Ibidem*, pp. 101 - 102.

condo il sistema delle fonti formali, ma di ciò che esso è in corrispondenza dello sviluppo delle forme reali»⁵³.

La costruzione del diritto come sistema normativo dinamico, dunque, non può non volgere lo sguardo alla realtà, al contesto storico, agli elementi fattuali. La determinazione del ruolo del diritto e del giurista, sul piano pratico, «risentono del tipo di sistema giuridico in cui operano e nello stesso tempo della diversa forza delle ideologie che tendono a conservarlo o a modificarlo»⁵⁴.

L'indifferenza verso il valore e verso la realtà di fatto ancora una volta sfuma nel momento in cui si passa da un approccio astratto (dualismo teorico) a un approccio concreto (dualismo pragmatico).

4.3. Regole sulla produzione e regole sulla interpretazione.

La teoria generale del diritto si occupa della "struttura" dell'ordinamento giuridico, e non dei "contenuti". Ciò significa che il suo oggetto di 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»⁵⁵. La teoria generale si occupa delle regole sulla produzione, dell'individuazione dei criteri di validità di un determinato sistema, delle norme nella loro relazione interna, delle condizioni di validità della stessa ricerca interpretativa. Detto sinteticamente: del diritto come ordinamento (delle norme che, in quanto valide, appartengono all'ordinamento giuridico).

Non si occupa del contenuto, dell'interpretazione delle singole norme di un ordinamento, del momento in cui l'interprete riempie di contenuto la forma normativa del diritto⁵⁶. È vero che Kelsen considera l'ordinamento giuridico composto sia da norme generali che da norme individuali⁵⁷; la "purezza" della sua teoria, però, lo conduce a ritenere che i giuristi

⁵³ N. BOBBIO, *Essere e dover essere nella scienza giuridica*, in Id., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, cit., pp. 51-52.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 53. Poche pagine oltre, BOBBIO spiega ancora: «poiché questa funzione [la funzione sociale del giurista] muta secondo i diversi tipi di società, il problema se la scienza giuridica sia descrittiva o prescrittiva non può avere una risposta univoca. O almeno può averla soltanto se ci si pone dal punto di vista di una metagiurisprudenza prescrittiva. Una metagiurisprudenza descrittiva deve accontentarsi di fare l'inventario dei modelli proposti e spiegarne le ragioni storiche ed ideologiche (e ciò facendo si trasforma in una metametagiurisprudenza) oppure, prescindendo dai modelli, analizzare opere di giuristi di un determinato periodo storico, in una determinata società, per osservarne la maggiore o minore incidenza sullo sviluppo del patrimonio di regole giuridiche che quella società ha effettivamente utilizzato» (p. 66).

⁵⁵ N. BOBBIO, *La teoria pura del diritto e i suoi critici*, in Id., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, cit., p. 33.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 34.

⁵⁷ «Si può immaginare un ordinamento giuridico senza legislazione (ne è un esempio storico concreto l'ordinamento internazionale, che per Kelsen è un ordinamento giuridico). Non può esistere un ordinamento giuridico senza giudici, cioè senza gli organi la cui funzione è quella di individualizzare e concretizzare le norme generali. Mentre non si può immaginare un ordinamento giuridico senza norme individuali, si può immaginare un ordinamento giuridico composto soltanto da norme individuali, salvo, naturalmente, la norma fondamentale che non può essere che generale. Nel caso specifico di un ordinamento composto soltanto di norme individuali la norma

«dovrebbero limitarsi a proporre le varie interpretazioni possibili di una norma o di un complesso di norme, giacché ogni scelta, implicando una valutazione, sarebbe scientificamente inattendibile»⁵⁸.

Questa netta distinzione, necessaria dal punto di vista concettuale, viene sbiadendosi in Bobbio. Sul piano teorico, le regole sulla produzione del diritto sono distinte da quelle sull'interpretazione del diritto, e le prime precedono logicamente le seconde. Sul piano pragmatico, però, necessariamente interagiscono. Chi si occupa del diritto, sostiene Bobbio, non può occuparsi solo delle regole che attengono alla sua validità, ma anche delle regole che attengono all'attribuzione di significato. È questo, quello dell'interpretazione, il momento in cui la struttura normativa di un ordinamento giuridico è riempita di contenuto; è questo il momento in cui il giurista viene a contatto con la realtà sociale sottostante alle norme; è questo il punto in cui il diritto incontra la realtà⁵⁹.

Una serie di osservazioni sollevate con riferimento al procedimento di ricerca del giurista (quello che Bobbio chiama il procedimento di costruzione dello strumento normativo⁶⁰) mostra, infatti, come per il filosofo torinese il lavoro di determinazione del contenuto non sia *indifferente* per la struttura normativa del diritto, e come l'attività di ricerca dell'interprete non possa rimanere fuori dal campo d'indagine⁶¹.

a) Il giurista ha il compito, nella fase dell'accertamento, di constatare l'esistenza della norma o delle norme che dovranno essere applicate. Si tratta del giudizio di *validità*. L'avvertenza di Bobbio, però, non può passare inosservata, per quanto – come già abbiamo detto – non sufficientemente sviluppata: «il giudizio di validità che il giurista dà sulle norme non è soltanto quello di validità formale, come di solito s'intende, ma anche, se pur più raramente, quello di validità assiologica e quello di validità fattuale»⁶². Non a caso, poche righe

fondamentale sarebbe la norma generale che stabilisce che è diritto valido in questo determinato ordinamento il diritto prodotto caso per caso dai tribunali» (N. BOBBIO, *Le fonti del diritto in Kelsen*, in Id., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, cit., p. 116).

⁵⁸ N. BOBBIO, *Struttura e funzione nella teoria del diritto di Kelsen* in Id., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, cit., p. 85.

⁵⁹ N. BOBBIO, *La teoria pura del diritto e i suoi critici*, in Id., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, cit., p. 34. Questo tema è poi ripreso dal filosofo torinese in *Perelman e Kelsen*, in Id., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, cit., p. 226ss., laddove condivide la critica di inadeguatezza e ingannevolezza che Perelman solleva nei confronti dell'idea di scienza del diritto sostenuta da Kelsen («in pratica i giuristi non fanno quello che Kelsen vorrebbe che facessero, e quindi la teoria kelseniana della scienza del diritto dà una rappresentazione deformata della realtà, e in quanto tale non è scientifica; [...] in contrasto con quello che Kelsen vorrebbe che facessero, essi "guidano" attraverso le loro interpretazioni sia il legislatore sia il giudice, e pertanto concorrono all'opera di creazione del diritto», pp. 227 - 228).

⁶⁰ N. BOBBIO, *La teoria pura del diritto e i suoi critici*, in Id., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, cit., p. 67.

⁶¹ *Ibidem*, p. 34.

⁶² N. BOBBIO, *Essere e dover essere nella scienza giuridica*, in Id., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, cit., p. 59. Sul tema della validità del diritto in BOBBIO, si veda R. GUASTINI, *Norberto BOBBIO: analisi del linguaggio e teoria formale del diritto*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, raccolti da G. TARELLO, Bologna, 1978, p. 334, il quale evidenzia che BOBBIO distingue tra validità formale e validità sostanziale, e che entrambe sono condizione necessaria per la "esistenza" delle norme; e L. FERRAJOLI, *Prefazione a Norberto BOBBIO, Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. XVI, il quale ritiene che «in presenza di costituzioni rigide non è più sostenibile

sopra, Bobbio accenna alla novità degli ordinamenti a costituzione rigida: i *principi*, la cui funzione è non solo interpretativa, ma anche integrativa e creativa⁶³.

b) Accertate le norme da applicare, è necessaria la loro *interpretazione*, ossia l'operazione con cui «viene attribuito il significato più appropriato all'uso che se ne vuol fare»⁶⁴. Segue un'altra importante avvertenza: «l'attività interpretativa non ricorre soltanto in questa fase, bensì anche nella fase antecedente ove al giudizio di validità formale si perviene di solito attraverso l'interpretazione di norme di struttura, e nella fase seguente ove la scoperta di norme nuove è connessa al modo con cui vengono interpretate le vecchie»⁶⁵.

c) L'ultima fase, prima dell'applicazione, è il *reperimento*, attraverso il quale il giurista «manipolando in varia guisa norme del sistema o facendo ricorso alla natura delle cose, sopperisce al continuo fabbisogno di nuove norme richiesto dalle esigenze di una convivenza organizzata in continuo sviluppo»⁶⁶. Anche qui sembrerebbe potersi scorgere un'avvertenza: la funzione della scienza giuridica non è soltanto quella di prendere atto delle norme vigenti⁶⁷; essa «esercita, in maggiore o minore misura, una pressione sociale»⁶⁸. La fase applicativa del diritto presuppone un confronto tra la norma e il fatto, tra la regola e la condotta effettiva che deve essere normativamente qualificata. Conclude Bobbio: «solo se ci si rende conto che la dogmatica elabora strumenti utili per l'applicazione, si evitano gli eccessi tante volte deplorati della costruzione concettuale e sistematica fine a se stessa»⁶⁹.

la tesi kelseniana, ripresa da Bobbio, della equivalenza tra validità e esistenza delle norme giuridiche» e che, al di là delle formule, Bobbio è ben lontano dal pensare al concetto di validità sostanziale (riprendendo il testo di BOBBIO, *Il ragionamento del giurista*, Ferrajoli osserva che «neppure in questo saggio Bobbio parla di "invalidità materiale" (o "sostanziale"), né tanto meno di invalidità costituzionale delle leggi. La costituzione, anzi, non è neppure nominata», p. XVI, nota 27).

⁶³ N. BOBBIO, *Essere e dover essere nella scienza giuridica*, in Id., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, cit., p. 58.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 59.

⁶⁵ *Ivi*. Che il cammino del giurista sia continuamente insediato da giudizi di valore risulta ancora da due osservazioni: 1. la prima attiene ai criteri di risoluzione delle antinomie tra le norme, e quindi alla possibilità di norme contrastanti («Per quanto siano state elaborate, e convalidate da un lungo uso, regole complesse per la soluzione delle antinomie, ogni giurista sa che: a) alcune di queste regole, come quella *lex specialis derogat generali*, non esimono l'interprete da una valutazione pregiudiziale; b) vi sono casi in cui nessuna delle regole tramandate è applicabile; c) altri casi in cui più di una di queste regole è applicabile e la scelta di quella da applicare non è essa stessa regolata», p. 67); 2. la seconda attiene al caso opposto, ossia alla possibilità di norme mancanti («nel primo caso esaminato, il giurista aveva a disposizione un materiale sovrabbondante e doveva operare una selezione; in questo secondo caso il materiale è insufficiente e il giurista come lo storico procede per congetture allo scopo di inventare con la maggiore plausibilità le regole necessarie, ove per 'plausibilità' s'intenda l'inseribilità di queste nuove regole nel sistema delle regole date. Basti pensare ai due procedimenti tipici per inventare nuove regole e inserirle nel sistema: *l'analogia* e *la natura delle cose*», p. 68).

⁶⁶ N. BOBBIO, *Essere e dover essere nella scienza giuridica*, in Id., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, cit., p. 59.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 72.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 73. «[...] 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*».

⁶⁹ *Ibidem*, p. 60.

Verrebbe da dire: perché non è possibile dimenticare che la scienza del diritto è pur sempre scienza pratica.

5. Scambiarsi le parti.

Che il modello kelseniano sia dunque, per Bobbio, un modello ideologicamente ispirato e storicamente condizionato è indubbio. L'idea di una scienza del diritto "pura" in quanto descrittiva cela al fondo una meta-giurisprudenza prescrittiva, che stabilisce ciò che la giurisprudenza deve essere⁷⁰.

Deve prendersi consapevolezza – dice Bobbio – del verificarsi di un'inversione di tendenza, di "uno scambio di parti"⁷¹: «a una meta-giurisprudenza fortemente ideologizzata [nel modello kelseniano], va sostituendosi oggi una meta-giurisprudenza più realistica che procede con metodo analitico, servendosi di strumenti più appropriati all'individuazione dei caratteri propri del ragionamento giuridico. Il principio della *Wertfreiheit*, e quindi della neutralità, è stato ribaltato dalla giurisprudenza alla meta-giurisprudenza. [...] Mentre la meta-giurisprudenza prescrittiva, propria della concezione positivista, propone l'ideale di una giurisprudenza meramente descrittiva, la meta-giurisprudenza descrittiva dell'età post-positivista riscopre la funzione prescrittiva del giurista nella società. [...] Mentre la meta-giurisprudenza positivista aveva trovato la sua vocazione, come si è detto, nel prescrivere di descrivere, la meta-giurisprudenza attuale, attuando la propria vocazione di descrivere, scopre che la giurisprudenza non descrive ma prescrive»⁷².

Corollari di questo "scambiarsi le parti" sono temi su cui oggi si continua a discutere: «la riesumazione della retorica o della topica, come logica dell'opinione, distinta dalla logica propriamente detta o logica della verità»⁷³; il «rinnovato interesse per lo studio della teoria dell'argomentazione e in genere della logica della controversia e del discorso persuasivo»⁷⁴; la giurisprudenza come fonte del diritto e il conseguente abbandono di una teoria rigida ed esclusivistica delle fonti del diritto⁷⁵.

⁷⁰ T. GRECO, *Norberto Bobbio. Un itinerario intellettuale tra filosofia e politica*, cit., p. 104 («la considerazione della validità della norma come momento privilegiato nello studio dell'ordinamento giuridico, anziché rinviare alla descrizione di ciò che i giuristi fanno realmente, reca una determinata visione del diritto, che nella certezza pone uno dei suoi valori fondamentali; anzi, un valore addirittura intrinseco all'idea stessa del diritto ed essenziale per qualsiasi "coesistenza ordinata"» (p. 104). Certezza e ordine come unici valori intrinseci del diritto. «Il metodo del positivismo giuridico mostrava però, in tal modo, le sue implicazioni ideologiche, rivelando un legame necessario almeno con una versione moderata del positivismo etico, che fa dell'ordine un valore strumentale, anche se non esaustivo e finale» (p. 105, con riferimento a N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, cit., p. 233ss.).

⁷¹ N. BOBBIO, *Essere e dover essere nella scienza giuridica*, in Id., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, cit., p. 56.

⁷² *Ibidem*, pp. 54 - 56.

⁷³ *Ibidem*, p. 55.

⁷⁴ *Ivi*.

⁷⁵ *Ivi*.

6. Positivista inclusivo?

L'etica dell'indifferenza è, dunque, da Bobbio abbandonata. Le dicotomie kelsenianamente classiche sono superate. Significa questo che Bobbio è un giusnaturalista?⁷⁶

Tale conclusione suona sbrigativa, nella misura in cui si intende la teoria del diritto naturale come quella teoria che considera il diritto un *dato* e non un *prodotto*, e che pretende, di conseguenza, di dettare regole di condotta universalmente ed eternamente valide⁷⁷. Bobbio è consapevole della relatività del concetto di giustizia⁷⁸, della assenza di ideali eterni di giustizia, validi per tutti i tempi, dell'esistenza di «più diversi atteggiamenti morali di fronte a un determinato ordinamento giuridico»⁷⁹; ma, mantiene ferma l'idea per la quale il diritto è un prodotto dell'attività umana, nelle diverse maniere in cui questa produzione può compiersi nella società.

Bobbio rimane, dunque, un giurista “positivista”; anzi, nel rispetto della sua idea di rifuggire da ogni “ismo”, si dovrebbe dire - usando le parole da egli stesso scelte per presentare Carlo Cattaneo - che Norberto Bobbio è un filosofo “positivo”; chiamarlo “positivista” vorrebbe dire sminuirlo⁸⁰.

Ciò che rimarrebbe da chiarire è se sia ascrivibile ai giuristi positivi esclusivi, ai giuristi positivi inclusivi o ai giuristi positivi critici⁸¹. Oppure ancora, se questa esigenza di “classifica-

⁷⁶ Che alla domanda se si difenda il positivismo o il giusnaturalismo, si debba rispondere «...dipende», consapevoli del fatto che nell'opposizione tra positivismo giuridico e giusnaturalismo «esiste un limite [...] che taglia a metà la nostra stessa persona», e per il quale si può essere, al contempo, per certi aspetti positivisti e per altri giusnaturalisti» (N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 146).

⁷⁷ Anche a voler ammettere l'esistenza di due forme di giusnaturalismo, una estrema e una moderata (N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 137), con difficoltà si potrebbe definire BOBBIO un giusnaturalista. Non certamente un giusnaturalista estremo, per il quale esiste solo il diritto naturale, e il diritto positivo o è una traduzione in leggi del diritto naturale o non è nulla. Ma neanche un giusnaturalista moderato, per il quale le leggi sono leggi anche se ingiuste e devono essere normalmente ubbidite, pur essendo dovere del giusnaturalista che conosce la giustizia agire per cambiarle e renderle conformi. La differenza tra un giusnaturalista moderato e un giuspositivista dualista sta in ciò: «il giusnaturalista ha certezze che appoggia su autorità [...]; il giusnaturalista che possiede la verità, perché l'ha scoperta lui stesso e perché qualcun altro gliel'ha rivelata o inculcata, non può tollerare verità alternative. [...] Chi invece non possiede, ma va cercando la verità, senza sapere non solo in che consista ma nemmeno se esista, sarà tollerante verso le opinioni diverse dalle sue e addirittura le rispetterà e perfino le amerà come un prezioso aiuto per confrontarle, migliorare le proprie o per confermarle e rafforzarle» (G. ZAGREBELSKY, *Bobbio e il diritto*, in AA.VV., *Norberto Bobbio tra diritto e politica*, Roma - Bari, 2005, pp. 10 - 11).

⁷⁸ «Che cosa si intende per giustizia? Esiste un criterio sicuro per distinguere il giusto dall'ingiusto? Quel che lo studio della storia del diritto naturale ci mostra è che le massime della giustizia, quando sono universali, sono formule vuote, riempibili di ogni possibile contenuto; quando le riempiamo di un determinato contenuto, e diciamo ad es. che “bisogna dare a ciascuno secondo il proprio lavoro”, perdono ogni valore di universalità e diventano regole di azione derivate da una certa ideologia politica che ha la sua giustificazione storica, ma nulla di più» (N. BOBBIO, *La teoria pura del diritto e i suoi critici*, in Id., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, cit., p. 19).

⁷⁹ *Ibidem*, p. 23.

⁸⁰ N. BOBBIO, *Risposta ai critici*, in Id., *De senectute*, cit., p. 137.

⁸¹ G. ZAGREBELSKY, *Bobbio e il diritto*, in AA.VV., *Norberto BOBBIO tra diritto e politica*, cit., pp. 4 - 5, il quale descrive «l'insistita connotazione dell'atteggiamento di BOBBIO nei confronti del diritto come positivismo “critico”»: nella tripartizione in cui BOBBIO disarticola il positivismo giuridico (come modo di avvicinarsi al diritto;

zione” possa essere soddisfatta dalla definizione che ne offrì Gregorio Peces Barba⁸², il quale collocò Bobbio, con riferimento alla teoria dei diritti, tra gli esponenti di quella variante del “riduzionismo positivistico” che egli definiva “pratico, o improprio”: studiosi che negano la priorità delle dimensioni etiche, ma che tematizzano il problema nelle sue dimensioni storico-politiche (in questo senso, pratico).

Norberto Bobbio, però, rifuggiva «dall’idea che l’insieme dei pensieri di un filosofo possa essere racchiuso in una bottiglia con sopra un’etichetta»⁸³. Ogni tentativo di attribuzione di un’etichetta, dunque, suonerebbe, oltre che inutile, improduttiva, una forzatura. Alla domanda se difendere il positivismo o il giusnaturalismo, in fondo Bobbio rispondeva «...dipende», consapevole del fatto che «[...] si può essere, al contempo, per certi aspetti positivisti e per altri giusnaturalisti»: «di fronte allo scontro delle ideologie, dove non è possibile alcuna tergiversazione, ebbene sono giusnaturalista; riguardo al metodo, sono, con altrettanta convinzione, positivista; per quel che si riferisce, infine, alla teoria del diritto, non sono né l’uno né l’altro»⁸⁴. Non sembra invece superfluo volgere a Bobbio e al suo “lascito” le parole che egli adoperò nei confronti di Kelsen: «di fronte ad un’opera come quella kelseniana l’atteggiamento del critico, che abbia interesse al progresso della scienza più che al trionfo delle proprie idee o ideologie, [deve] essere quello anzitutto di comprenderla, e poi di liberarla dalle confusioni, che pur possono esserci o ci sono, non di gridare allo scandalo ad ogni piè sospinto: insomma di continuare l’opera di purificazione iniziata dal Kelsen [qui, da Bobbio], proseguendo in quel lavoro di chiarimento dei concetti fondamentali e di identificazione e differenziazione dei problemi, senza il quale la repubblica universale delle scienze si sfascia in una società anarchica di tirannelli prepotenti e faziosi, dei quali ciascuno predica ed impone a tre o quattro ascoltatori le proprie piccole scoperte»⁸⁵.

come teoria del diritto; come ideologia della giustizia), mentre delle prime due accezioni mantiene uno sviluppo fedele, della terza la sua difesa «non è assoluta; è solo relativa, essendo fondata su considerazioni storiche, valide cioè in certi contesti ... ma non in altri». Per una distinzione tra positivismo esclusivo, positivismo inclusivo e positivismo critico, si rinvia a G. BONGIOVANNI, *Costituzionalismo e teoria del diritto*, Roma - Bari, 2005, pp. 55 e 125ss.

⁸² G. PECES BARBA, *Teoria dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 37ss. A commento di questa classificazione sia consentito rinviare a M. DOGLIANI e V. MARCENÒ, *Norberto Bobbio e i diritti dell’uomo*, in *Diritto pubblico*, 2008, n. 1, pp. 169ss.

⁸³ N. BOBBIO, *Risposta ai critici*, in Id., *De senectute*, cit., p. 137.

⁸⁴ N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, cit., p. 146.

⁸⁵ N. BOBBIO, *La teoria pura del diritto e i suoi critici*, in Id., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, cit., p. 42.