
Parte Prima

*IL LESSICO DEL DIRITTO:
ORDINAMENTO
E ORGANIZZAZIONE*

1. Che cos'è il diritto?
2. Norberto Bobbio e Hans Kelsen: due variazioni in tema di diritto
3. L'accettazione nel pensiero di Herbert L.A. Hart
4. Effettività e modelli di diritto

1.

Che cos'è il diritto?

1. Ambiguità del fenomeno giuridico e possibili definizioni del diritto

Il fatto che il termine diritto costituisca già nella sua assolutezza, cioè nel suo presentarsi senza qualificazione alcuna, uno dei termini più usati in contesti di discorsi sia di tipo tecnico-professionale (discorso dei giuristi), sia del tipo del linguaggio comune (discorso dei privati cittadini), non è una buona ragione per giustificare uno scetticismo totale sulla possibilità, non diciamo di dare una definizione esclusiva e persuadente del termine stesso, ma almeno di dare elementi di spiegazione di quel fenomeno che appunto già preliminarmente si presenta come uso (o abuso) del termine diritto.

Le vecchie controversie inerenti ad una definizione più stretta o più lata del diritto, inerenti alla possibilità o meno di includere come elemento della sua struttura la cosiddetta coazione, le vecchie dispute del tipo «c'è un settore nel quale constatiamo la non presenza della sanzione, *ergo* il diritto non può avere nessun tipo di rapporto con il concetto di sanzione», l'antica questione se sia o meno diritto il cosiddetto diritto internazionale, o questioni di questo tipo, generano soltanto stanchezza e sconforto e certamente non contribuiscono ad arricchire la nostra conoscenza di quel fenomeno che noi per tradizione, e se si vuole per convenzione, chiamiamo 'diritto'.

Se pure volessimo accedere ad uno scetticismo totale implicante la impossibilità di definire il termine diritto, ugualmente ci troveremmo nella necessità di comprendere e quindi dare una spiegazione e quindi tentare una definizione di quel fenomeno che appunto usiamo chiamare diritto.

L'insistenza già *in primis*, in questa prima pagina introduttiva, sul carattere fenomenico del diritto, è già il frutto di una opzione ben precisa che per onestà intellettuale deve essere immediatamente evidenziata: il diritto di cui ci si vuole occupare non è altro che il mondo delle regole giuridiche «in vigore» (positivizzate) in un certo determinato momento storico, presso una certa determinata comunità.

La fenomenicità afferisce esattamente all'uso del diritto, l'attività «giuridica» dei consociati: sia le decisioni dei privati cittadini, quanto quelle degli organi del tipo il Parlamento, i Tribunali, ecc.

Impostato in questo modo il tema, diventa chiaro che non è in questione – perché appunto si ritiene di poca importanza – se sia possibile convertire il termine diritto in una proposizione lucida e breve che ne *definisca* il significato.

Il problema, invece, che maggiormente interessa, è di penetrare, nei limiti in cui è possibile, nel fenomeno e tentare una spiegazione in relazione al suo funzionamento interno, del tipo «come si presenta e come funziona quel fenomeno che noi chiamiamo diritto» e non invece – perché è questione che esula dalla nostra indagine – «perché storicamente c'è quel fenomeno, chiamato appunto diritto».

Le risposte che al quesito «che cos'è il diritto» sono state date, spesso in polemica le une contro le altre, del tipo: «il diritto è norma», «il diritto è decisione», «il diritto è sistema», «il diritto è ordinamento», «il diritto è istituzione», «il diritto è rapporto», non sono assolutamente soddisfacenti perché tutte tendono a gonfiare, oltre ogni limite consentito, magari un aspetto o un elemento del fenomeno stesso e a considerarlo neppure predominante, ma addirittura esclusivo. Il che oltretutto non serve a capire, o meglio a metterci in condizione di capire, il fenomeno stesso.

Una contrapposizione, per esempio, tra affermazioni del tipo «il diritto è norma» – «il diritto è decisione» è totalmente fuorviante, perché non è assolutamente concepibile il fenomeno in e-

same senza ad un tempo dare una qualche importanza sia, per esempio, alle decisioni giudiziarie, sia a quelle norme, regole, modelli, in base ai quali si ritiene in buona o in cattiva fede, dagli osservanti o dagli attori (i giudici stessi) essere la spiegazione e il fondamento delle decisioni stesse.

Ma anche definizioni più elaborate e complesse, tendenti a mettere in evidenza il cosiddetto carattere sistematico del fenomeno in questione e ritenendo che la sistematicità sia una peculiarità di tipo normativo, offrono il fianco a critiche o comunque suscitano non poche perplessità.

Se ad esempio prendiamo una delle più note definizioni nell'ambito della corrente del normativismo novecentesco, che mira appunto a sottolineare il carattere sistematico-ordinamentale del fenomeno, noteremo queste difficoltà. Alludiamo alla nota definizione di Norberto Bobbio secondo la quale il diritto è un insieme di norme a efficacia rafforzata¹.

Questo tipo di definizione, se da un lato ha il merito di sottolineare il carattere sistematico del fenomeno in questione, e se ancora ha il merito di sottolineare il carattere della fenomenicità dell'oggetto da definire (efficacia rafforzata), ci rende però perplessi appena ci soffermiamo sulla intrinseca ambiguità di quella entità che nella definizione viene chiamata norma.

Perché dire che il diritto consiste in un insieme di norme ad efficacia rafforzata, equivale a dire che, in linea di massima, il diritto è un insieme di norme-regole che da un lato devono essere obbedite, dall'altro, in caso di disobbedienza, applicate o fatte applicare dai tribunali. Il che tende a suggerire l'idea che il mondo del diritto si risolve in un mondo di norme dal significato tendenzialmente chiaro e inequivocabile.

Laddove, invece, nella realtà tipica di una società quale la nostra, post-industriale, lo sforzo, se così possiamo dire, più squisitamente creativo-giuridico sta proprio nel proporre un significato persuadente (norma) ricavabile ermeneuticamente da un complesso di fatti intrinsecamente e necessariamente non trasparenti o, se si vuole, naturalmente ambigui: documenti legislativi, attività delle corti, decisioni dei privati cittadini e così via.

¹ N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico* (1960), ora in ID., *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino 1993, p. 166 ss.

E ancora, se da un lato la definizione bobbiana ha il merito, almeno a nostro modo di vedere, insistendo sull'insieme di norme, di suggerire il primato sul piano deontologico della legge, e quindi del Parlamento, sulla sentenza, dall'altro, può tendere a suggerire che nei fatti le cose si svolgano in questo modo. Che le cose debbano o dovrebbero svolgersi in questo modo, a noi non par dubbio.

Ma purtroppo è innegabile che, in relazione a settori dell'ordinamento oppure in relazione a periodi storici determinanti, il rapporto tra legge e sentenza non è del tipo di quello suggerito dalla suddetta definizione.

Non è un caso che un normativista quale Hans Kelsen, consideri la sentenza stessa come una norma², teoria d'altronde approvata dallo stesso Bobbio³. E se la sentenza è essa stessa una norma individuale e concreta che, però, sia in linea teorica che nei fatti, può anche intrinsecamente presentarsi come decisione *tout court* innovativa e completamente sganciata dalla possibilità logica di essere ricavata da una norma superiore, allora il diritto non può essere un insieme di norme a efficacia rafforzata perché il concetto di rafforzamento implica un mondo di norme chiare, violabili dai consociati, con il conseguente chiaro intervento giudiziario volto *in primis* a dichiarare la violazione di quelle norme presunte chiare, e, quindi, limpidamente violabili. Che ci siano anche norme di questo tipo, non è dubbio.

Ma che oggi, nelle società tecnologiche, possa pensarsi al diritto come adeguatamente spiegabile tenendo presente questo tipo di norme, è francamente ottimistico.

Crede che in una società tumultuosa quale quella odierna, il giudice intervenga per rafforzare un'efficacia che già dovrebbe essere naturalmente funzionante nella mera rappresentazione da parte dei soggetti delle norme giuridiche, francamente non convince.

² H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto* (1934), tr. it. di R. Treves, Einaudi, Torino 1952, p. 109 ss.

³ N. BOBBIO, *Teoria della norma giuridica* (1958), ora in ID., *Teoria generale del diritto*, cit., p. 145 ss.

2. Preliminare indagine analitica sugli elementi del diritto

Perché: che cosa è la norma giuridica e che cosa esattamente si rappresentano i consociati?

La impossibilità di determinare in modo esatto che cosa è sotteso nella rappresentazione psichica di un modello normativo, o ancora più la impossibilità di individuare le motivazioni che spingono verso un comportamento piuttosto che un altro in relazione a certi determinati modelli normativi rappresentati, impedisce senz'altro di considerare l'efficacia, vale a dire il comportamento sociale in relazione ad un sistema normativo, sotto la veste di una titolazione completa volta a rappresentare anche il *quia* dei comportamenti e quindi la impossibilità di una efficacia vista anche in tutte le sue valenze di tipo anche psicologico.

E qui però si aprono inquietanti interrogativi in relazione alla funzione dell'efficacia all'interno di una possibile definizione del termine diritto. Perché se è vero che sul piano strettamente scientifico è impossibile qualificare e quantificare la rappresentazione psichica dei consociati, volta a spiegare anche il perché di un comportamento piuttosto che un altro, è altrettanto vero che l'eliminazione totale dalla problematica inerente alla definizione del diritto, dell'elemento dell'efficacia e quindi dell'essere, è praticamente impossibile, se, come abbiamo detto all'inizio, l'intento è quello di costruire un modello di diritto che focalizzi e, diremmo, quasi esalti il momento della fenomenicità.

Allora l'efficacia, cioè il comportamento degli uomini, non può non essere che un elemento della definizione. Ma – e qui risiedono le più spinose difficoltà – l'efficacia da un lato non può essere *sic et simpliciter* identificata con il comportamento 'esterno' degli uomini, dall'altro nel momento stesso in cui si presenta come attività e decisione, come *uso* del diritto, rinvia necessariamente ad un qualche elemento *interno*, che evidentemente un ruolo non può non giocare nella costruzione e formazione del diritto, ma che sfugge però ad una esemplare determinazione e quantificazione.

Ma non è soltanto questo: se noi, sulle orme dei realisti americani, portiamo al diapason il momento dell'efficacia e risolviamo, per esempio con Holmes, il diritto in nient'altro che «la profezia di ciò

che faranno i tribunali»⁴, cioè, in sostanza, se giusrealisticamente identifichiamo il fenomeno del diritto *sic et simpliciter* nel cosiddetto momento della sua ‘applicazione’, immediatamente nel rispondere e quindi nel respingere questo tipo di impostazione, noi diremo che evidentemente i tribunali nel momento stesso in cui decidono non possono non lasciarsi orientare da un qualche modello normativo, o meglio ancora, non possono non evidenziare la necessità logica di giustificare il proprio comportamento e quindi la propria decisione attraverso il riferimento ad un qualche, sia pur sfumatissimo, modello normativo. Il che si traduce esattamente in quanto segue: il diritto non riproduce il comportamento di chicchessia, siano essi privati cittadini o giudici, per il semplice motivo che il diritto ha esattamente il suo significato nel senso di *orientare* quei comportamenti. E allora, da un lato, il diritto non può essere ridotto all’essere, alla realtà, all’efficacia: non c’è comportamento giuridico che in un modo o nell’altro tendenzialmente possa essere concepito senza una qualche giustificazione di tipo normativo; dall’altro, se l’intento è la costruzione di un modello che in un qualche significato (di tipo giuspositivistico) ci metta in condizioni di capire ciò che avviene, il diritto non può non avere in se stesso, come in qualche modo uno degli elementi centrali, il concetto stesso di efficacia, di realtà, di essere.

In altre parole si tratta del difficilissimo rapporto che intercorre tra la cosiddetta validità del diritto e la sua efficacia. Non è possibile ignorare la funzione diremmo quasi strutturale che il diritto porta in se stesso, di origine pratica, che consiste nell’orientare, nel voler orientare i comportamenti; ma, al tempo stesso, non è possibile ignorare il fatto che certi comportamenti, oramai storicamente sedimentati, non possono non costituire, in un certo senso, le condizioni necessarie perché il diritto, visto nelle sue implicazioni sistematiche e ordinamentali, possa concepirsi.

Il diritto non può coincidere con l’essere, non può coincidere con ciò che accade, perché altrimenti non avrebbe senso.

⁴ O.W. HOLMES, *The Path of the Law*, in ID., *Opinioni dissenzienti*, tr. it. di C. Geraci, Giuffrè, Milano 1975, p. 255 ss. La citazione da Oliver Wendell Holmes recita esattamente in questo modo: «le profezie di ciò che le corti effettivamente faranno, e nulla di più pretenzioso, sono ciò che intendo per diritto» (p. 260).

Il diritto non può concepirsi che come ciò che deve accadere, come 'dover essere', ma esattamente nel senso che già la realtà venga presupposta come strutturata in un certo determinato modo tale da permettere il concepimento stesso del diritto come struttura orientativa del comportamento, intrinsecamente dotata di possibilità coercitive.

Queste ultime non sono altro che ciò che tradizionalmente viene definita la forza. E la forza prende corpo nell'ambito dei singoli ordinamenti sotto il termine tecnico di 'sanzione negativa'.

E allora: il diritto inteso come complesso sistematico, come ordinamento (di atti, fatti, documenti, leggi, norme, decisioni, ecc.), deve contenere ed esprimere quella capacità orientativa che si traduce nella necessità di considerarlo sotto la specie del 'dover essere' (validità come obbligatorietà del diritto), esprimendo, però, realisticamente, il fatto che, attraverso la concretizzazione di un certo tipo di efficacia e quindi di forza, ha in se stesso un'effettiva capacità coercitiva.

3. Carattere strumentale del diritto

Come è stato suggerito da Kelsen, da Olivecrona e da Ross, il diritto può essere concepito come organizzazione della forza, ladove la forza è un elemento interno al diritto stesso ma non estensivamente capace di coprire il fenomeno in questione. La forza, considerata non come strumento o supporto del diritto, ma come elemento interno disciplinato e regolamentato dal diritto stesso, esprime, da un lato, la inderogabilità della necessità di considerare il diritto nella sua fenomenicità legata all'essere, all'efficacia; dall'altro, essa però, in un certo senso segna anche il confine della capacità espansiva dell'essere, della efficacia, all'interno del fenomeno stesso. Se il diritto può essere definito come forza organizzata è solo perché strutturalmente vuole essere più pregnante la significazione dell'espressione del diritto che vuole coattivamente e obbligatoriamente orientare i comportamenti.

In questo senso il diritto, a differenza di altri sistemi sociali, costituisce il più forte, il più potente dei condizionamenti sociali.

Il diritto non è un fine ma un mezzo.

Il diritto è una tecnica specifica basata su sanzioni, sia positive (attività premiale) che negative, per il controllo del comportamento dell'uomo.

Ma chi manovra questa tecnica? Può oggi, a fronte di società così complesse come quelle tecnologiche e telematiche, semplicisticamente affermarsi che i manovratori della tecnica sono da vedersi nella classe dominante? E qual è la classe dominante?

Può oggi semplicemente scindersi la società in dominanti e dominati?

Insomma, senza assolutamente volerci addentrare in complesse analisi di tipo sociologico, certamente non occorre un molto profondo esame per capire che oggi certe formule solo parzialmente possono essere fertili strumenti, veicoli di spiegazione dei fatti sociali.

Per riprendere in mano la definizione del diritto come tecnica per il controllo del comportamento dell'uomo, essa senz'altro, almeno a nostro modo di vedere, è formula per certi aspetti convincente quando appunto mette in evidenza la natura strumentale del diritto; è invece formula chiaramente limitativa e insoddisfacente quando sembra indicare semplicisticamente un possibile unico soggetto detentore legittimo e manovratore esclusivo di quello strumento che è appunto il diritto.

E allora? Possiamo forse risolvere il quesito sul soggetto titolare, legittimo possessore dello strumento, guardando sociologicamente alla diffusione o peggio alla spartizione del potere in una certa determinata società, in un certo determinato momento storico, in questa nostra agitata epoca della globalizzazione?

Può essere una risposta persuasiva, in una società di tipo pluralistico, l'individuare i soggetti in certe istituzioni di diritto o di fatto quali i partiti, i sindacati, i tribunali, il Parlamento, il Governo, le Regioni, le Province, i Comuni, l'associazione per la caccia e così via?

Ma che cosa è il potere? No, crediamo che una indicazione di tipo pluralistico tendente a vedere nei soggetti richiamati prima, i legittimi detentori di quella tecnica specifica che è il diritto, sarebbe altrettanto semplicistica che la attribuzione della titolarità alla classe dominante in una ipotetica, semplicistica contrapposizione tra dominanti e dominati, per esempio tra borghesi e proletari.

La ricerca quindi del soggetto o dei soggetti che stanno dietro al diritto, non può essere, a meno di voler presentarsi come semplicistica e approssimativa, una indagine di tipo logico o fenomenologico: la ricerca è (e non può non essere) di tipo storico e in quella sede va affrontata. Sul piano invece logico noi dobbiamo constatare che non è possibile, proprio tenendo presente la dicotomica tensione tra il dover essere e l'essere, tra la validità e l'efficacia, concepire il funzionamento del diritto se non dando adeguato risalto alla attività decisionale-riconoscimentale dei consociati.

4. *L'azione dei consociati: i limiti della partecipazione*

Il diritto si fa ogni giorno e non può non farsi ogni giorno. Da questo punto di vista, è perfettamente coerente considerare il diritto come azione, o per usare un'espressione cara ad un filosofo italiano, il Capograssi, come esperienza⁵.

Ma il momento decisionistico-riconoscimentale, almeno sul piano della logica, o di una possibile logica (quella da cui irrimediabilmente con il tipo della nostra cultura non possiamo sottrarci) non esprime o comunque non deve necessariamente esprimere *partecipazione* e quindi *consenso* su ciò che di giorno in giorno si produce come diritto.

Qui logica e storia in un certo senso convergono e ci invitano ad essere prudenti o, se si preferisce, scettici circa la identificazione tra i processi di azione giuridica con l'attività di partecipazione democratica e il consenso. E qui dobbiamo fermarci perché in linea di massima certamente più la società è organizzata in modo liberale e democratico, più il diritto appare come una tecnica in un certo qual modo a servizio di tutti i cittadini.

Ma quando una società è veramente democratica? Possiamo fermarci all'esame del cosiddetto diritto cartaceo? Può la lettura della cosiddetta Costituzione formale, spingerci verso la conclusione della qualificazione della società come democratica e largamente a struttura consensuale?

⁵ G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza giuridica* (1937), Giuffrè, Milano 1962, pp. 14-15.

Come si vede, sono molteplici i problemi che si connettono con un possibile modello di diritto o meglio con il tentativo di formulare un modello di diritto persuasivo.

Ma persuasivo di che? Certamente non del fatto che il modello debba servire per ogni tempo e ogni luogo. Persuasivo soltanto della limitata capacità di dare un qualche senso al rapporto diritto-società nel mondo in cui viviamo.

E allora, elementi quali il consenso, la partecipazione, possono essere richiamati in una possibile definizione di diritto solo a condizione di essere il simulacro di se stessi e apparire quindi sotto le vesti di quella minimale attività di riconoscimento, che non è adesione ideologico-politica ma solo comprensione conoscitiva, presa di coscienza, che i consociati pongono in essere quando conoscono-riconoscono il mondo di norme da cui sono organizzati, rendendole perciò stesso attive e 'esistenti'.

Ma se questa capacità, questo riconoscimento (attività dei privati cittadini, attività delle Corti, dei funzionari, ecc.) in una certa determinata società e in un certo determinato momento storico, possa manifestarsi anche come un pieno e consapevole grado intensivo di consenso, è questione che non può non esulare dal compito di chi vuole appunto proporre un modello di diritto che ci metta in condizione di dire qualcosa, di capire, magari per poter criticare, anche società non strutturate democraticamente.

2.

Norberto Bobbio e Hans Kelsen: due variazioni in tema di diritto

1. *L'apertura sul kelsenismo degli anni padovani*

La prospettiva che voglio scegliere per avvicinarmi al pensiero di Bobbio e approfondirne il contributo originale alla teoria giuridica, è quella di istituire un confronto, necessariamente rapido, procedendo per punti essenziali, con l'autore che, per la teoria del diritto, gli fu di riferimento: Kelsen, il cui pensiero normativista lui stesso rilanciò in Italia nel secondo dopoguerra, in un'ottica di grande svecchiamento del panorama della filosofia giuridica, aprendo la strada, sulla sua scia, alla diffusione di altre importanti teorie come quelle di Herbert L.A. Hart e di Alf Ross.

Certamente Bobbio è stato il principale artefice, assieme a Renato Treves, di questo rilancio e diffusione delle opere di Hans Kelsen in Italia. Al riguardo basterebbe ricordare che le due «dottrine pure» e la postuma *Teoria generale delle norme*, sono state tutte tradotte e pubblicate in italiano dalla casa editrice Einaudi, dove Bobbio era in assoluto il consulente per il diritto più autorevole.

Ma è opportuno forse fare un passo indietro e ricordare che la recezione di Kelsen in Italia era stata notevole anche durante il ventennio fascista, ad opera di Giorgio del Vecchio e soprattutto di Arnaldo Volpicelli «*enfant terrible* della giurisprudenza fascista»¹,

¹ P. COSTA, *Lo stato immaginario. Metafore e paradigmi della cultura giuridica*

seguace di Ugo Spirito e Giovanni Gentile. Il «corporativista» Volpicelli, fin quando non cadde in disgrazia presso il partito fascista e presso Mussolini, studiò e pubblicò sulla «sua» rivista «Nuovi studi di diritto, economia e politica», scritti kelseniani, tra cui il celebre *Il problema del parlamentarismo*², avvertendo ovviamente che non si condividevano, presso i responsabili della rivista, le opinioni di Kelsen democratiche e liberali³.

Molto differente il discorso sulla recezione kelseniana mediata da Bobbio.

Bobbio solo a partire dagli anni delle lezioni padovane «rilegge» Kelsen con nuove prospettive metodologiche, cominciando ad interpretare la *Reine Rechtslehre* (che però in quegli anni Quaranta non si avvale ancora degli scritti kelseniani della maturità) in modo più favorevole: come è stato osservato e ribadito anche recentemente, nelle due monografie bobbiane del 1934, «Kelsen compare come esponente della concezione neokantiana del diritto, a cui viene contrapposta, in posizione di netta superiorità, la concezione fenomenologica; in particolare Bobbio polemizza contro il normativismo e il formalismo di Kelsen, avanzando la tesi

italiana tra Ottocento e Novecento, Giuffrè, Milano 1986, p. 117; su Volpicelli specie p. 112 ss. e p. 202 ss.

² H. KELSEN, *Il problema del parlamentarismo*, in «Nuovi studi di diritto, economia e politica», 1929, pp. 182-204.

³ Quello di Arnaldo Volpicelli fu un rapporto complesso con Kelsen, forse di ammirazione e ad un tempo di fortissima critica del suo pensiero. Tanto complesso che addirittura l'autore pubblicò un libro da poco scoperto, così concepito H. KELSEN-A. VOLPICELLI, *Parlamentarismo, democrazia e corporativismo*, Stabilimento Tipografico Garrone, Roma 1930 (il volume comprende tre traduzioni di Kelsen e, come introduzione, due articoli critici di Volpicelli). Attingo tutte queste «notizie» dall'informatissimo, recente studio di M.G. LOSANO, *Anno 1930: una dimenticata edizione italiana di Hans Kelsen*, in «Rivista internazionale di Filosofia del diritto», 2009, pp. 193-208, specie p. 195 ss.

Comunque in genere sulla recezione in Italia del pensiero di Hans Kelsen, cfr. M.G. LOSANO, *La fortuna di Hans Kelsen in Italia* (1979) ora in ID., *Forma e realtà in Kelsen*, Comunità, Milano 1981, pp. 179-212; F. RICCOBONO, *Kelsen in Italia*, in AA.VV., *Hans Kelsen nella cultura filosofico-giuridica del Novecento*, a cura di C. Roehrsen, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, Roma 1983, p. 199 ss.; F. FROSINI, *Saggi su Kelsen e Capograssi. Due interpretazioni del diritto*, Giuffrè, Milano 1988, p. 25 ss.; A. CARRINO, *La fortuna di Kelsen in Italia (1947-1989)*, ora in ID., *L'ordine delle norme. Stato e diritto in Hans Kelsen*, terza ed. ampliata, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1992, p. 183 ss.

che “il cosiddetto nuovo metodo normativo del Kelsen non è altro che il vecchio metodo formale”. Questo “orientamento anti-normativistico” perdurerà almeno fino alla monografia *La consuetudine come fatto normativo*, che è del 1942»⁴. Gli anni padovani sono certamente un momento di grande intensità di studi e in qualche modo di svolta⁵. La molteplicità di temi, dal diritto alla politica, alla cultura, già allora sviluppati con metodologia rigorosa e sempre in un quadro di profonda *conoscenza storica* dei problemi giuridici e politici, anticipano quella che sarà la figura di Bobbio come il più rappresentativo giurista, intellettuale e filosofo dell'Italia della seconda metà del Novecento.

E, a detta dello stesso autore, proprio negli anni padovani il filosofo torinese comincia a subire il fascino di Kelsen: «Il mio primo scritto su Kelsen *La teoria pura del diritto e i suoi critici*, apparve nel 1954, venti anni dopo i miei esordi. Ma la conversione al kelsenismo era avvenuta alcuni anni prima. Tralascio di ricordare che nelle lezioni padovane del 1940-41, dedicate alle fonti del diritto, vi era un paragrafo sulla costruzione a gradi dell'ordinamento, che mi aveva sin da allora affascinato, e che nelle lezioni

⁴ P.P. PORTINARO, *Introduzione a Bobbio*, Laterza, Roma-Bari 2008, pp. 74-75. I due lavori bobbiani del 1934 sono, come è noto, *Scienza e tecnica del diritto*, Istituto giuridico della R. Università, Torino 1934 e *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, Istituto giuridico della R. Università, Torino 1934. A proposito del Bobbio antikelseniano degli anni Trenta, è lo stesso autore che così si esprime: «Il mio kelsenismo, per cui sono considerato spesso uno dei maggiori, se non il maggiore, responsabile della “kelsenite” italiana cominciò molti anni dopo. Come è stato osservato, ero allora non tanto un non-kelseniano, quanto un anti-kelseniano» (N. BOBBIO, *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 1992, p. 5).

⁵ Sugli otto anni padovani di Bobbio, vedi ora Giuseppe Zaccaria (cfr. *Il Bobbio dimenticato: gli anni padovani del filosofo del diritto*, in B. PASTORE-G. ZACCARIA (a cura di), *Norberto Bobbio. Gli anni padovani*, Padova University Press, Padova 2010, pp. 1-15) che coglie con acume gli elementi di cambiamento nel pensiero bobbio nella compresenza e nell'intreccio di punti nodali del diritto, della politica e della cultura, affrontati con uno sguardo d'assieme in qualche modo reso necessario da quegli anni di guerra, terribilmente difficili. Appartengono al periodo padovano i due corsi universitari tenuti da Bobbio negli anni accademici 1945-46 e 1946-47, *Le origini del giusnaturalismo moderno e il suo sviluppo nel secolo XVII*, e *Il diritto naturale nel secolo XVIII*, che sono stati recentemente riproposti in N. BOBBIO, *Il giusnaturalismo moderno*, a cura di T. Greco, Giapichelli, Torino 2009.

del 1941-42, dedicate al diritto soggettivo, le ultime pagine contengono una esposizione, presentata con evidente consenso, della critica kelseniana del diritto soggettivo»⁶.

2. Il confronto

Naturalmente è fondamentale ricostruire, come premessa del discorso, il quadro culturale e storico che rende significativo questo legame e l'opzione giuspositivista che Kelsen e Bobbio condividono. Il positivismo giuridico è, se vogliamo, il punto di fondamentale convergenza tra i due grandi filosofi del diritto. Per Bobbio esso rappresenta la difficile risposta, in qualche modo controcorrente, ad un clima postbellico che, svalutando l'apporto scientifico e critico della tradizione giuspositivista, era orientato a ridurla ad un modello di obbedienza acritica alla legge statutale, *qualunque* fosse il suo contenuto, non escluso quello totalitario. Nel clima di rifondazione della Italia democratica e antifascista, si riscopriva il diritto naturale e il patrimonio di diritti fondamentali sottratti ai rischi della politica e chiamati a fare da fondamento alla nuova Carta Costituzionale. Bobbio, che di quell'Italia democratica condivide le scelte e contribuisce a definirle, non intende però cedere al rischio che può nascondersi nelle opzioni giusnaturaliste che negano l'origine tecnica e artificiale del diritto. Perciò Kelsen.

Kelsen era stato capace di tenere insieme uno studio scientifico e valutativo delle strutture e delle dinamiche giuridiche, con una opzione chiaramente democratica e addirittura con un impegno attivo in direzione della Costituzione e della *civitas maxima*. Per Kelsen disconoscere il titolo di diritto ad ordinamenti giuridici dalle scelte aberranti dal punto di vista morale, non contribuisce affatto alla battaglia contro di essi: anzi una rinuncia a conoscere e capire quella grandiosa macchina umana che è il diritto – capace di mettersi al servizio di progetti degni della cultura umanistica, come di deviazioni disumane – sarebbe un errore imperdonabile, proprio dopo l'esperienza totalitaria che dovrebbe indurre a riflettere sulla natura del diritto e sulla sua ambivalente

⁶ N. BOBBIO, *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, cit., p. 6.

destinazione, che nessun titolo a priori può garantire. Bobbio rinviene in Kelsen una chiave di lettura dei fenomeni così turbolenti che il mondo occidentale è costretto ad attraversare, una modalità di pensiero, di riflessione critica che lo affascina e lo induce a prendere le distanze dalla matrice degli studi da cui muoveva, in direzione della scoperta del continente analitico. In realtà l'accostamento a Kelsen non potrà che essere mediato, come vedremo, dalla precedente personalità culturale dello studioso torinese, che lo farà più attento di quanto non sia Kelsen alla specificità dei fenomeni storici, più sensibile alla esigenza etica della politica.

Alcuni tratti radicali che attengono ad un pensiero geniale, originalissimo, ma anche, per certi tratti, estremo come quello di Kelsen sono estranei alla riflessione bobbiana, che dunque stempera e riduce le punte più ardue del pensiero kelseniano, lo "urbanizza" forse, ma ne disperde la potenza talvolta ostica delle intuizioni: per esempio a proposito della norma fondamentale o del radicale primato delle norme sanzionatorie. Non è un caso peraltro che la moderazione bobbiana nella ricezione di Kelsen sia una strada percorsa anche da altri filosofi del diritto. Non dirò che sia la soluzione più affascinante, perché la radicalità permette di aprire prospettive più audaci dell'interpretazione del fenomeno giuridico. Lo storicismo, d'altronde, che è componente mai accantonata della cultura bobbiana, ma non di quella kelseniana, porta con sé insieme a qualche incoerenza, questa maggiore duttilità e moderazione, per esempio nella valorizzazione del diritto come strumento dell'agire dei consociati⁷.

⁷ P.P. Portinaro così opportunamente si esprime sul tema dello storicismo in Bobbio: «La stagione più rilevante della filosofia italiana del Novecento si identifica con l'idealismo. Lo sviluppo della scienza giuridica sta invece sotto il segno del positivismo. Era inevitabile che il filosofo e giurista Bobbio facesse a fondo i conti con l'una e con l'altra esperienza, restandone indelebilmente segnato. Per ricostruire il suo progetto teorico è quindi necessario partire dal problematico intreccio di storicismo e positivismo giuridico, sullo sfondo del quale campeggiano i contemporanei che più hanno influenzato il suo percorso intellettuale, Benedetto Croce e Hans Kelsen» (*Introduzione a Bobbio*, Laterza, Roma-Bari 2008, pp. 53-54). Cfr. anche M. REVELLI, *Nel labirinto del Novecento*, Saggio introduttivo a N. BOBBIO, *Etica e politica. Scritti di impegno civile*, Arnoldo Mondadori editore, Milano 2009, pp. XI-LX. L'autore così si esprime: «Bobbio non è come è noto uno storicista. È un pensatore analitico. E razionalista. Buona parte delle sue energie nel corso del giovanile processo di formazione, sono state

Non posso non ricordare, introducendo questo confronto teorico tra i due filosofi, le critiche al positivismo kelseniano e bobbio, che furono avanzate con estrema durezza da Capograssi in un saggio che rifiutava la rigida separazione analitica tra diritto positivo e diritto naturale⁸. Lo scontro, ripeto, molto duro, definisce il clima della cultura giuridica postbellica. E segna l'opzione di Bobbio verso una analisi scientifica, tendenzialmente avalutativa e neutrale, adeguata a supportare una concezione tecnica, strumentale del diritto.

Il primo carattere che accomuna i nostri due filosofi sta, dunque, nel taglio metodologico descrittivistico del positivismo giuridico che in Bobbio non cessa di legarsi alla convinzione della storicità dei diritti umani, mentre in Kelsen si apre su quello strutturale relativismo e pluralismo dei valori, attraverso il quale si definisce la democrazia. La lezione kelseniana, metodologica e positivista nell'analisi, secca e asciutta nell'esposizione che si lega allo stile delle trattazioni scientifiche piuttosto che alle argomentazioni retoriche, è assimilata da Bobbio e introdotta in un'Italia profondamente legata alla tradizione dell'eloquio retorico in ambito giuridico e filosofico.

impegnate nel tentativo di liberarsi – e di emancipare la cultura italiana – dal lascito dell'attualismo gentiliano ma anche, in qualche misura, dell'idealismo storicistico crociano. E tuttavia questa parte della sua opera riconducibile alla dimensione dell'impegno civile, è una fedele "traccia storica" dell'evoluzione culturale e politica novecentesca» (p. XIX).

⁸ Il saggio di G. CAPOGRASSI, *Impressioni su Kelsen tradotto*, pubblicato per la prima volta in «Rivista trimestrale di diritto pubblico», 1952/IV, pp. 767-810, fu poi raccolto in ID., *Opere*, vol. V, Giuffrè, Milano 1959, pp. 311-356. Ma forse il saggio capograssiano che più esplicitamente riproduce le ansie, le preoccupazioni, le angosce di una parte notevole della cultura giuridica italiana del secondo dopoguerra è *Il diritto dopo la catastrofe*, pubblicato dapprima in AA.VV., *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, CEDAM, Padova 1950, I, pp. 1-31; poi, con aggiunte e variazioni, in «Jus» 1950/2, pp. 177-207; infine in *Opere*, vol. V., cit., pp. 151-195. La risposta di Bobbio fu altrettanto dura: *La teoria pura del diritto e i suoi critici* (1954), ora in N. BOBBIO, *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, cit., p. 13 ss.; sul punto più ampiamente nel mio *Norberto Bobbio e il diritto*, in AA.VV., *Metodo, linguaggio, scienza del diritto. Omaggio a Norberto Bobbio*, a cura di A. Punzi «Quaderni della RIFD», n. 6, Giuffrè, Milano 2007, pp. 63-78, specie p. 65 ss.

3. La norma fondamentale e il potere costituito: prima variazione

Ma veniamo ora ai punti di differenza nell'ambito di questa profonda affinità. Questo ci costringe ad un discorso inevitabilmente tecnico-giuridico. Ma ciascun punto di distanza, per quanto analiticamente specifico, riflette una differenza più globale delle due personalità culturali che si illuminano così reciprocamente per contrasto, rendendo, spero, più interessanti entrambe le prospettive.

Mi si permetta di affrontare innanzitutto il nodo della norma fondamentale: quanto di più kelseniano e interno al pensiero del grande giurista praghese possa pensarsi.

La norma fondamentale kelseniana è connessa con il concetto, basilare, di ordinamento. L'ordinamento infatti è frutto della elaborazione concettuale che viene operata dalla funzione scientifico-interpretativa della norma fondamentale. Non potrebbe darsi nessun ordinamento nella sua unità concettuale senza il presupposto gnoseologico della *Grundnorm*, che unifica e ordina la massa dispersa e informe delle norme singole. Come lo stesso Bobbio chiarisce, a fronte delle numerose e svariate critiche che sono state rivolte alla teoria, «poiché un ordinamento presuppone che esista un criterio per stabilire l'appartenenza delle parti al tutto, e un principio che le unifichi, ordinamento non vi può essere senza norma fondamentale. Una coerente teoria dell'ordinamento giuridico e la teoria della norma fondamentale sono indissociabili»⁹.

Cosa rende un coacervo di norme un insieme sistematico ed unitario, da un punto di vista logico, se non la norma fondamentale che ascrive l'unità, non a livello sociologico, fattuale e storico, ma come criterio dalla validità ipotetica per leggere la sistematicità dell'insieme? Il punto teoreticamente importante è che se, per Kelsen questa norma fondamentale è valida in via ipotetica, allora lo schema ordinamentale che essa viene a costituire, è soltanto uno schema ritenuto valido, una ipotesi che serve a pensare il giuridico in modo unitario per poterlo così spiegare e utilizzare. *Grundnorm* e ordinamento appaiono, in Kelsen, come una cosa

⁹ N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico* (1960), ora in ID., *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino 1993, p. 157 ss.; la cit. alla p. 192.

unica, intercambiabili strumenti della comprensione e della definizione del giuridico.

Si tratta di una prospettiva molto significativa che si inserisce (supportandola) in una concezione del diritto non come fatto, ma come qualificazione di un fatto, come possibile qualificazione di un dato. L'ordinamento stesso, nella sua interezza, appare nel cono di luce di una determinazione ipotetica, metodica e non come una realtà concreta in sé. E questo contribuisce a mettere in rilievo la sua funzione di razionalizzazione ai fini della comprensione di una serie di comportamenti, che non sono affatto unitari *in rebus*, ma che vengono pensati, e ipotizzati come unitari, dagli interpreti per dare un senso coerente alla realtà comportamentale: una finzione di unità necessaria per l'attribuzione di senso. Evidente in Kelsen la funzione trascendentale della conoscenza giuridica, messa in opera per la qualificazione dei comportamenti e la costruzione della loro obbligatorietà.

Bobbio, invece, pur riconoscendo, come si è visto, questa intrinseca necessità della norma fondamentale ai fini del costruito teorico-ordinamentale, avanza un atteggiamento di diffidenza per la sua eccessiva rigidità logica, ma soprattutto, indebolisce la sua funzione ipotetica e costitutiva della qualificazione giuridica ordinamentale e di conseguenza di legittimazione dell'obbligatorietà stessa del diritto.

Così esprime scetticismo sulla utilità di questo dispositivo logico: «Di tutte le critiche a me pare che la più pertinente sia quella che la ritiene un espediente ingegnoso ma tutto sommato perfettamente inutile»¹⁰. Bobbio ritiene che la funzione della *Grundnorm* sarebbe stata assolta se avesse saputo evitare quello che si può considerare, dal suo punto di vista, l'ostacolo teorico più significativo per qualunque metodo positivista: la derivazione del diritto dal fatto. A parere di Bobbio quest'obbiettivo resta inevaso perché in fin dei conti Kelsen risolverebbe la validità dell'ordinamento nella sua effettività. Sarebbe questo addirittura il punto di approdo, della teoria kelseniana, che la rende solidamente ancorata al reale.

Ma, come si è detto, questo rovesciamento del diritto nel fatto, coperto dall'espediente della norma fondamentale, non è logica-

¹⁰ N. BOBBIO, *Kelsen e il problema del potere* (1981), ora in ID., *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, cit., p. 103 ss.; la cit. alla p. 120.