

DIACRONIA

Rivista di storia della filosofia del diritto

Diacronia : rivista di storia della filosofia del diritto. - Vol. 1 (2019)- . - Pisa : Pisa university press, 2019-
- Semestrale

340.1 (22.)

1. Filosofia del diritto - Periodici

CIP a cura del Sistema bibliotecario dell'Università di Pisa



Opera sottoposta a
peer review secondo
il protocollo UPI

© Copyright 2019 by Pisa University Press srl
Società con socio unico Università di Pisa
Capitale Sociale € 20.000,00 i.v. - Partita IVA 02047370503
Sede legale: Lungarno Pacinotti 43/44 - 56126 Pisa
Tel. + 39 050 2212056 - Fax + 39 050 2212945
press@unipi.it
www.pisauniversitypress.it

ISBN 978-88-3339-217-2

layout grafico: 360grafica.it
impaginazione: Ellissi

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

Le riproduzioni effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi - Centro Licenze e Autorizzazione per le Riproduzioni Editoriali - Corso di Porta Romana, 108 - 20122 Milano - Tel. (+39) 02 89280804 - E-mail: info@clearedi.org - Sito web: www.clearedi.org

Direttore

Tommaso Greco

Comitato di direzione

Alberto Andronico, Francisco Javier Ansuategui Roig, Giulia M. Labriola, Marina Lalatta Costerobosa, Francesco Mancuso, Carlo Nitsch, Aldo Schiavello, Vito Velluzzi

Consiglio scientifico

Mauro Barberis, Franco Bonsignori, Pietro Costa, Rafael de Asís, Francesco De Sanctis, Carla Faralli, Paolo Grossi, Mario Jori, Jean-François Kervégan, Massimo La Torre, Mario G. Losano, Giovanni Marino, Bruno Montanari, Claudio Palazzolo, Enrico Pattaro, Antonio Enrique Perez Luño, Pierre-Yves Quiviger, Francesco Riccobono, Eugenio Ripepe, Alberto Scerbo, Michel Troper, Vittorio Villa, Francesco Viola, Maurizio Viroli, Gianfrancesco Zanetti, Giuseppe Zaccaria

Comitato dei referees

Ilario Belloni, Giovanni Bisogni, Giovanni Bombelli, Gaetano Carlizzi, Thomas Casadei, Corrado del Bo, Francesco Ferraro, Valeria Giordano, Marco Goldoni, Dario Ippolito, Fernando Llano Alonso, Alessio Lo Giudice, Valeria Marzocco, Ferdinando Menga, Lorenzo Milazzo, Stefano Pietropaoli, Andrea Porciello, Federico Puppo, Filippo Ruschi, Carlo Sabbatini, Aaron Thomas, Persio Tincani, Daniele Velo Dal Brenta, Massimo Vogliotti, Maria Zanichelli.

Redazione

Paola Calonico, Federica Martiny, Giorgio Ridolfi (coordinatore), Mariella Robertazzi.

Sede

Dipartimento di Giurisprudenza, Piazza dei Cavalieri, 2, 56126 PISA

Condizioni di acquisto:

Fascicolo singolo € 25,00

Abbonamento annuale Italia: € 40,00

Abbonamento annuale estero: € 50,00

Per ordini e sottoscrizioni abbonamento:

Pisa University Press

Lungarno Pacinotti 44

56126 PISA

Tel. 050-2212056

Fax 050-2212945

Mail: press@unipi.it

www.pisauniversitypress.it

Indice

Presentazione 7

Transizioni

a cura di Alberto Andronico e Tommaso Greco

La “transizione”: uno strumento metastorografico?
Pietro Costa 13

La Conquista del Nuevo Mundo y la transición a la modernidad
Antonio Enrique Pérez Luño 43

Vestfalia 1648. La debolezza di un modello, la necessità di un mito
Stefano Pietropaoli 83

Il convitato di pietra. Carl Schmitt come monito
Massimo La Torre 107

Saggi

*Alcuni aspetti problematici di una nozione contemporanea
di storia della filosofia del diritto*
Gianfrancesco Zanetti 147

Reali presenze
Salvatore Amato 159

Montesquieu e la pena di morte
Tommaso Gazzolo 191

Note e discussioni

Su Cicerone filosofo del diritto
Giorgio Ridolfi 217

<i>Per una biografia culturale di Norberto Bobbio</i>	
Claudia Atzeni.....	237

Archivio

<i>La giustizia platonica (1933)</i> , a cura di G. Ridolfi	
Hans Kelsen.....	257

PER UNA BIOGRAFIA CULTURALE DI NORBERTO BOBBIO

Claudia Atzeni

Con uno sguardo sulla Torino di fine Ottocento, crocevia di esperienze politiche, sociali e culturali figlie, talvolta ribelli, dell'industrializzazione, Mario G. Losano apre il suo *Norberto Bobbio. Una biografia culturale* (Carocci 2018, pp. 510). La scelta di adottare il capoluogo piemontese di quegli anni come punto di partenza della narrazione è probabilmente inevitabile, tale sarà la sintonia tra Bobbio e Torino. Tuttavia, l'incipit di Losano imprime allo scritto una direzione precisa: quella di sottolineare l'esistenza di una inevitabile interazione fra individuo e contesto, evidenziando come quest'ultimo possa diventare parte integrante del pensiero individuale.

La mole della produzione letteraria di Bobbio¹ «si fonda, oltre che sull'operosità di Bobbio, anche su due caratteristiche della sua produ-

¹ Secondo quanto scritto da Marco Revelli, *Nel labirinto del Novecento*, in N. Bobbio, *Etica e politica. Scritti di impegno civile*, Mondadori, Milano 2010, p. XI, sarebbero «4803 gli scritti catalogati, di cui 128 volumi, 944 articoli, 1452 saggi» cui debbono aggiungersi «457 interviste, 316 conferenze o lezioni, nonché 455 traduzioni in ventidue lingue». Gli scritti di Bobbio spaziano dalla metodologia giuridica (*Teoria della scienza giuridica*, 1950; *Il positivismo giuridico*, 1961; *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, 1977) alla teoria generale (*Teoria generale del diritto*, tradotto e pubblicato prima in castigliano nel 1977 e poi in Italia nel 1993, ma che in realtà riunisce due corsi universitari: *Teoria della norma giuridica* del 1958 e *Teoria dell'ordinamento giuridico* del 1960), fino alle questioni connesse alla democrazia e all'esercizio dei diritti (*L'età dei diritti*, 1989).

zione: da un lato, la sua propensione a scrivere articoli piuttosto che libri; dall'altro, la sua partecipazione al dibattito politico, come filosofo militante, anche sulla stampa periodica e quotidiana»². Ecco perché la composizione delle tessere letterarie, tra scritti accademici e scritti e interventi politici, accompagnata dalla ricchezza di materiale biografico che correda la narrazione di Losano, ci rende più agevole conoscere, in taluni casi approfondire, l'impatto che gli eventi storici ebbero sulla formazione di Norberto Bobbio, tanto più che l'avvio alla ricostruzione di questa sua biografia culturale, nella quale si espongono «gli eventi della sua vita che accompagnarono la sua produzione intellettuale, nonché le linee essenziali dei suoi principali scritti»³, antecede la nascita del Bobbio studioso: Losano *prepara* il lettore all'approfondimento dando numi sul contesto culturale in cui Bobbio muove i primi passi da studente di giurisprudenza in una Torino, patria culturale di entrambi, estremamente vivace dal punto di vista intellettuale e fucina di giovani filosofi del diritto.

Ecco perché, nell'introdurre il «mondo di Bobbio», quello che poi sarà sviscerato all'interno dei capitoli successivi, Losano non può che partire proprio dall'ambiente della filosofia del diritto torinese: nella «città più positivista d'Italia»⁴, muovono i primi passi quegli studiosi che formeranno la Scuola di Torino e che saranno accomunati da caratteristiche quali «l'avversione a ogni dogmatismo, la passione civile, il laicismo e, infine, la scelta politica a favore di una democrazia dalle vive connotazioni sociali, cioè di un socialismo non identificato con l'ideologia di un partito»⁵. Il rigore «morale e scientifico» si tramanderà, di anno in anno, in una «successione generazionale» che affiderà a Giuseppe

² M.G. Losano, *Norberto Bobbio. Una biografia culturale*, Carocci, Roma 2018, p. 127.

³ Ivi, p. 9.

⁴ N. Bobbio, *De senectute e altri scritti autobiografici*, Einaudi, Torino 1996, p. 63.

⁵ Losano, *Norberto Bobbio. Una biografia culturale*, cit., p. 21.

Carle, Gioele Solari e Norberto Bobbio l'insegnamento della filosofia del diritto, attribuendo ad essa una imprescindibile «funzione civile»⁶.

Le tre sezioni che compongono il testo costituiscono tre differenti ambiti di ricerca che tuttavia dialogano tra loro lungo la trattazione: non si potrebbe infatti analizzare la formazione del pensiero giusfilosofico e politico di Bobbio, cui sono dedicate rispettivamente la seconda e la terza parte del volume, senza far riferimento al retroterra politico-sociale nel quale affondano le radici teoriche dei suoi lavori, oggetto della prima sezione.

Comprendiamo dunque, innanzitutto, quanto gli anni del fascismo e della Resistenza abbiano condizionato non soltanto il vissuto di Bobbio, ma anche la rotta che la sua carriera intellettuale avrebbe intrapreso.

Nelle pagine dedicate ai primi anni di docenza universitaria del maestro e nel ricordarci che essi ebbero luogo sotto il fascismo, Losano ci informa, in modo onesto, sull'atteggiamento con cui Bobbio cedette alla paura di essere riconosciuto come persona non allineata al regime: affinché la sua carriera non cessasse prima ancora di iniziare, si iscrisse al partito fascista; per contrastare le conseguenze derivanti dall'arresto che egli subì nel 1935, scrisse un esposto diretto a Mussolini «in cui precisava la conformità al regime tanto propria quanto della sua famiglia»⁷ e che gli valse l'insegnamento del suo primo corso di filosofia del diritto all'Università di Camerino; giurò per due volte fedeltà al duce. Si trattò di eventi con cui dovette fare i conti per il resto della sua vita e che Bobbio considerò «un proprio cedimento inammissibile [...], una riprovevole debolezza»⁸. Fu perché egli sentiva di essere antifascista che aderì all'esperienza del Partito d'azione⁹; ma è nella scelta di avvicinarsi a nuovi temi di studio, come vedremo, che egli mise in campo

⁶ Ivi, p. 51.

⁷ Ivi, p. 76.

⁸ Ivi, p. 87.

⁹ Si può identificare il pensiero politico di Bobbio con il liberal-socialismo di Carlo Rosselli, che «ispirava i due movimenti cui Bobbio partecipò attivamente: “Giu-

tutto il suo impegno politico di *filosofo militante*. E in effetti, dei tre viaggi che Bobbio intraprese tra il 1932 e il 1955, il secondo e il terzo¹⁰ rappresentano proprio il tentativo di conoscere, dunque di comprendere, il funzionamento di modelli di governo che praticassero processi istituzionali tesi a «trasformare la teoria democratica in una pratica di vita quotidiana della nazione rinnovata»¹¹: nell’Inghilterra del 1945 egli percepì l’ineludibile connessione tra partiti e democrazia parlamentare, uno degli elementi peculiari del modello inglese, quest’ultimo ciclico punto di riferimento per l’Europa «in ‘ogni momento delle grandi crisi politiche’»¹²; la Cina del 1955 gli diede occasione di indagare su nuove possibili organizzazioni sociali la cui ricerca, a distanza di quasi un decennio dalla fine della seconda guerra mondiale e dinnanzi all’acuirsi delle tensioni tra i due blocchi coinvolti nella guerra fredda, diventava particolarmente urgente.

Sofferamoci sull’esperienza cinese di Bobbio. In un contesto geopolitico segnato da profonde trasformazioni, il socialismo cinese, decretato a modello politico di riferimento nella neonata costituzione del 1954, rappresentava una possibile alternativa allo stalinismo sovietico, «ormai irrimediabilmente burocratizzato e autocratico»¹³. Il cospicuo numero di pagine che Losano dedica alla trasferta nella «nuova Cina», testimonia il significato che essa ebbe per Bobbio: l’esperienza cinese lo condusse a produrre un contributo sulla rivista *Il Ponte*, diretta da Pietro Calamandrei, dal titolo *Linee fondamentali della Costituzione cinese*.

stizia e Libertà” nella Resistenza e il Partito d’Azione nel dopoguerra» (Losano, *Norberto Bobbio. Una biografia culturale*, cit., p. 337).

¹⁰ Pur non collocandosi tra le occasioni di sviluppo del pensiero politico, il primo dei suoi viaggi all’estero, intrapreso nel 1932 all’età di 23 anni, rappresenta nondimeno un momento essenziale nella crescita culturale di Bobbio, giovane studioso che si trova a calpestare le orme dei classici in una Germania che, all’epoca, costituiva la patria della filosofia del diritto.

¹¹ Losano, *Norberto Bobbio. Una biografia culturale*, cit., p. 106.

¹² *Ibidem*, nota 144.

¹³ *Ivi*, p. 108.

Questo non deve indurre a credere che il socialismo cinese persuase Bobbio *in toto*: con cautela, nel contributo anzi citato, egli sottolinea come la concezione di democrazia cinese non fosse completamente assimilabile a quella occidentale, e ciò in particolare sotto il profilo del catalogo delle libertà accordate dalla costituzione ai consociati. Non-dimeno, egli riconosce che quella cinese sia una delle vie per giungere al socialismo, benché non l'unica: «Anche la democrazia parlamentare, come è dimostrato dall'Inghilterra, può portare senza scosse al socialismo»¹⁴.

L'impegno politico di Bobbio non coincise mai con l'aspirazione all'esercizio di funzioni istituzionali e si esaurì, in termini di partecipazione attiva alle vicende elettorali italiane, negli anni immediatamente successivi al secondo dopoguerra. Guarderà con speranza all'unificazione del Partito socialista italiano e del Partito socialdemocratico italiano nel Partito socialista unificato, che caratterizzerà il governo Moro del 1963; tuttavia declinerà l'invito di Pietro Nenni a candidarsi alle parlamentari del 1968. Rifiuterà la candidatura anche nel 1976, per ragioni politico-ideologiche e per contrarietà al modello socialista imposto dal neo-segretario del Partito socialista italiano Bettino Craxi. Sarà nominato senatore a vita da Sandro Pertini nel 1984, anno in cui si concluderà la sua esperienza universitaria; si ritirerà dalla competizione alla presidenza della Repubblica nel 1992.

Eppure, l'anelito verso lo studio della politica, accompagnato dal bisogno di partecipare al dibattito pubblico, segnerà in modo particolare due fasi della sua vita: la "conversione" al kelsenismo, nel 1948; il passaggio dalla facoltà di giurisprudenza a quella di scienze politiche nel 1972.

La prima parte degli studi di Bobbio fu caratterizzata, infatti, da una attenzione principalmente diretta all'ambito giuridico prima che politico. Una tendenza che si sarebbe successivamente invertita e che

¹⁴ Ivi, p. 120.

probabilmente può trovare una spiegazione nella difficoltà, per gli studi giuridici, di sopperire all'interesse politico, soprattutto se l'ambizione dell'individuo è di trasformare quest'ultimo in impegno.

Nel soffermarsi sul rapporto tra Bobbio e la filosofia del diritto, Losano ci fornisce uno spunto di riflessione per certi versi inedito. Siamo abituati a pensare a Norberto Bobbio come al padre italiano del positivismo giuridico ed è così che giovani studiosi e studiose vengono edotti all'impianto teorico-normativo bobbiano. In realtà, l'adesione al positivismo kelseniano non sarà per lui immediata. Dapprima rigetterà il neokantismo, rifiutando l'idea che forma e contenuto debbano essere trattate come entità distinte nell'analisi del rapporto tra filosofia del diritto e scienza giuridica: è questo l'approdo cui egli giunge nella sua tesi di laurea del 1931, *Filosofia e dogmatica del diritto*, che si tradurrà nel libro *Scienza e tecnica del diritto* e nel quale si porrà come critico al neokantismo, difendendo «l'autonomia teoretica della filosofia del diritto rispetto alla giurisprudenza»¹⁵.

Nella seconda tesi di laurea, *La fenomenologia di Husserl*, del 1933, Bobbio prenderà una posizione netta avverso il normativismo kelseniano, al punto che scriverà: «Considerare il diritto come norma o sistema di norme è un equivoco [...] la legge viene dopo ma può anche non venire; e se viene, viene per ragioni extra-teoretiche che lasciano intatto il fenomeno giuridico nella sua essenza»¹⁶. Anche questo lavoro diventerà un volume, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, all'interno del quale egli comincerà ad approcciarsi in modo critico alla fenomenologia: «Per il giovane Bobbio la fenomenologia rimane quindi un mondo speculativo che non ha incidenza sulla vita pratica e questa sua visione vivamente interessata ma non esente da dubbi crescenti spiega perché, più tardi, Bobbio se ne sentì insoddisfatto e l'abban-

¹⁵ Losano, *Norberto Bobbio. Una biografia culturale*, cit., p. 214.

¹⁶ Ivi, p. 234.

donò»¹⁷. Ed effettivamente la rilevanza che l'approccio al normativismo kelseniano ebbe per l'opera di Bobbio non risiede esclusivamente in ragioni di carattere meramente accademico. La "conversione" del 1949 rappresenta senz'altro un cambiamento *oggettivo* in quello che, sino a quel momento, era stato il paradigma teorico bobbiano; ma allo stesso tempo essa presenta, altresì, un aspetto *soggettivo*: «Questa evoluzione – scrive Losano – è accelerata dagli eventi esterni che accompagnarono gli anni della formazione, cioè dal fascismo e dalla guerra. Essi rivelarono a Bobbio la sterilità dell'idealismo, cioè della filosofia dominante che egli aveva inizialmente accettato [...] Di qui la ricerca di nuovi strumenti, che Bobbio individuò in Kelsen»¹⁸. È proprio il 1949 il momento in cui lo stesso Bobbio colloca il punto di partenza delle sue «opere della maturità»¹⁹, anno in cui, a partire dalla critica all'imperativismo di Francesco Carnelutti, pubblicherà un commento alla *Teoria generale del diritto* del giurista udinese. Nel 1949-50, precisando le linee generali della propria visione del mondo giuridico, Bobbio aveva così definito la sua posizione: «Noi sosteniamo che la teoria generale sia una disciplina formale, ma ciò non di meno sia una disciplina scientifica»; quindi essa «appartiene alla scienza e non alla filosofia», e inoltre «non è ricerca di contenuti ma indagine formale»²⁰.

A partire da questo momento, Bobbio svilupperà una serie di contenuti cardine del positivismo giuridico e lo farà con gli occhi di chi, da positivista, intenda individuare una coincidenza tra diritto e sistema normativo attraverso un approccio che non può che essere scientifico: «L'innesto della filosofia analitica sul vecchio albero del positivismo»²¹

¹⁷ Ivi, p. 225.

¹⁸ Ivi, p. 167.

¹⁹ Ivi, p. 265.

²⁰ Ivi, p. 268.

²¹ Prendo in prestito l'espressione da T. Greco, Recensione a N. Matteucci, *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, in Bollettino telematico di filosofia politica, <http://bfp.sp.unipi.it/rec/greco.html>, 2000.

gli consente infatti di costituire una scienza giuridica che garantisca rigorosamente una *forma di conoscenza* in grado di assumere «il carattere della scientificità non per la verità del suo contenuto ma per il rigore del suo procedimento»²². Il ruolo del giurista, quale studioso di dati empirici, è assimilato, sotto il profilo teleologico, a quello dello scienziato, il quale sarà chiamato a seguire «il principio di verifica come criterio di validità; la spiegazione come scopo; l'avalutatività come presupposto etico»²³. «Una filosofia – precisa Losano – ha per Bobbio un fine prescrittivo, indica cioè il modello di una società o d'un diritto più giusti»²⁴; è alla filosofia che Bobbio attribuisce una funzione deontologica finalizzata a dar conto del valore del diritto. L'analisi circa la validità delle norme che compongono l'ordinamento è censura che spetta, invece, esclusivamente alla scienza giuridica: «Siccome la scienza consiste nella descrizione avalutativa della realtà, il metodo positivistico è puramente e semplicemente il metodo scientifico, è quindi necessario accoglierlo se si vuole fare della scienza giuridica o della teoria del diritto. Se non lo si accoglie, non si fa della scienza ma della filosofia o dell'ideologia del diritto»²⁵.

La circostanza che il diritto sia indipendente da qualunque considerazione circa il suo valore o disvalore, fa sì che di una norma rilevi solo la sua validità, la sua appartenenza ad un sistema – l'ordinamento giuridico – imperniato sui tre caratteri fondamentali dell'unità, sotto il profilo delle fonti, la coerenza e la completezza: «Anche l'ordinamento giuridico è analizzato dal punto di vista formale: poiché le norme esistono non isolatamente, ma in insiemi all'interno dei quali sono collegate da specifici

²² G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2001, vol. 3, p. 340.

²³ Sono queste le condizioni che Bobbio indica come fondamentali per una scienza politica empirica: N. Bobbio, *Teoria generale della politica*, Einaudi, Torino 2009, p. 12.

²⁴ Losano, *Norberto Bobbio. Una biografia culturale*, cit., p. 195.

²⁵ N. Bobbio, *Il positivismo giuridico*, Cooperativa Libreria Universitaria Torinese, Torino 1968, p. 213.

rapporti, l'analisi di Bobbio si concentra su questi rapporti»²⁶. La scelta positivista di studiare il diritto con la avalutatività tipica del campo scientifico, conduce il giurista ad ambire ad una conoscenza puramente oggettiva della realtà, composta da giudizi di fatto che rappresentino una *presa di conoscenza* della realtà e non una *presa di posizione* di fronte alla realtà²⁷. L'inconfigurabilità del diritto naturale come diritto, apparirebbe dunque come una logica conseguenza della natura monista del positivismo giuridico: come più volte sostenuto da Bobbio, la dottrina giuspositivista non si limita ad affermare il primato del diritto positivo sul diritto naturale, bensì sostiene, con forza, l'esclusività del primo²⁸.

Non possono tuttavia non considerarsi gli accadimenti storico-politici verificatisi tra la vigilia e il corso del secondo conflitto mondiale, al superamento del quale sarebbero seguite una serie di garanzie, a tutela dei diritti fondamentali, dotate della capacità di fungere da schermo a quelle norme aperte *a qualunque contenuto* che avevano caratterizzato i regimi nazi-fascisti e la cui ratio, dal punto di vista teorico, sarebbe stata giustificata proprio dall'assenza di un contenuto valoriale nella dottrina positivista. Benché il positivismo giuridico avesse dominato in maniera incontrastata a partire dal XIX secolo, esso è stato costretto a fare i conti con se stesso e con la storia: per la formulazione di un modello di diritto apprezzabile perché costruito coerentemente e su norme valide; per la pretesa avalutatività del metodo giuridico nello studio del diritto positivo; in virtù della fiducia riposta in un sistema di leggi indipendenti da contenuti morali, i positivisti si sono trovati a doversi difendere dall'accusa di aver contribuito a legittimare, dal punto di vista giusteorico, la produzione di leggi ingiuste e la violazione dei diritti umani perpetrata dal nazionalsocialismo. Un ruolo estremamente significativo in tal senso è da assegnarsi a quella che è stata definita la *abiura* di G. Radbru-

²⁶ Losano, *Norberto Bobbio. Una biografia culturale*, cit., p. 278.

²⁷ Bobbio, *Il positivismo giuridico*, cit., p. 115.

²⁸ Si veda ovviamente N. Bobbio, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano 1965, in particolare pp. 127 ss.

ch, (ex) giuspositivista tedesco²⁹, che all'indomani della seconda guerra mondiale rivedrà le proprie posizioni e giungerà alla formulazione dell'argomento dell'ingiustizia (sulla scorta del più antico principio *lex iniustissima non est lex*), noto anche come *formula di Radbruch*: nell'ipotesi di conflitto tra giustizia e diritto, il giudice è chiamato a preferire l'applicazione di quanto prescritto dalla legge solo quando il contenuto della norma sia «ingiusto e teleologicamente inadeguato, inadatto allo scopo»³⁰; tuttavia, qualora il contrasto tra norma e principi di giustizia sia tale da far apparire il contenuto della norma come intollerabile «la legge, in quanto legge ingiusta, [deve] arretrare di fronte alla giustizia»³¹ al punto che, ove il diritto neghi attraverso le sue norme il principio cardine della giustizia, nonché di uno stato di diritto, ossia il principio di uguaglianza, esso non dovrà considerarsi ingiusto, né intollerabile, quanto, piuttosto, non-diritto.

La critica di un positivista al positivismo ha dato senz'altro input alla confutazione della teoria giuspositivista nella sua globalità e alla manifestazione una certa insoddisfazione nei confronti di quello che rappresenta un aspetto capitale del positivismo giuridico, quale è quello della separazione tra diritto e giustizia e tra norma e principi. Non può non rilevarsi che in un contesto di cambiamento, caratterizzato

²⁹ «Fu grazie a due principi che il nazionalsocialismo seppe incatenare a sé i suoi seguaci, da un lato i soldati, da un lato i giuristi: “Un ordine è un ordine!” e “La legge è legge!”. Il principio “Un ordine è un ordine!” non è mai valso senza limiti. Il dovere di obbedire cessava nel caso di ordini impartiti a scopi criminali. Il principio “La legge è legge!” non conosceva alcuna limitazione. Si trattava dell'espressione del positivismo giuridico che per molti decenni aveva dominato quasi incontrastato fra i giuristi tedeschi, perciò il concetto di ingiustizia legale (*gesetzliches Unrecht*) era una contraddizione in sé, tanto quanto lo era il concetto di diritto sovra legale (*ubergesetzliches Recht*)», G. Radbruch, *Ingiustizia legale e diritto sovra legale* (1946), in A.G. Conte, L. Ferrajoli, M. Jori, P. Di Lucia (a cura di), *Filosofia del diritto*, Raffaello Cortina Editore, Milano 2013, p. 162.

³⁰ Radbruch, *Ingiustizia legale e diritto sovra legale*, cit., p. 168.

³¹ *Ibidem*.

dalla richiesta sempre più pressante di tutele e diritti, anche alla luce di una serie di documenti sovranazionali che esplicitano tali garanzie, è inevitabile che le teorie classiche del diritto siano state, soprattutto sotto questo profilo, costrette a mettersi in gioco, producendo posizioni che, tra ripresa e rinnovamento di speculazioni classiche, si sono interrogate sull'opportunità di un diritto *giusto*. E così «anche in Bobbio il tema del positivismo giuridico è sempre collegato a quello del giusnaturalismo, però in una tensione che non si risolve a favore di nessuno dei due, ma che resta presente nella sua coscienza [...] come una lacerazione: da un lato, il positivismo giuridico come espressione dell'esigenza di austerità scientifica e, dall'altro, il giusnaturalismo come esigenza di libertà morale»³².

E dunque, pur rimanendo intrinsecamente kelseniano³³, Bobbio avverte l'esigenza di connotare ulteriormente la propria concezione del diritto, arricchendola con una apertura della propria filosofia del diritto alla sociologia del diritto: la fase conclusiva del pensiero giusfilosofico di Bobbio, definita da Losano come «post-positivista», è caratterizzata infatti da una «svolta funzionalistica»³⁴, ossia dalla inclusione della *funzione* del diritto come ulteriore elemento essenziale dello stesso. Partendo dalla constatazione che «lo Stato industriale non si limita più a esercitare un 'controllo sociale', ma interviene sempre più nella gestione della società e, in particolare, dell'economia»³⁵, Bobbio introduce una teoria generale del diritto che sia in grado di offrire «una spiegazione *anche* della 'funzione promozionale' del diritto [...] inglobando nelle

³² Losano, *Norberto Bobbio. Una biografia culturale*, cit., p. 283.

³³ Anche quando, successivamente, si dedicherà prevalentemente a lavori di filosofia politica: adotterà come uno dei fini della propria attività intellettuale la comprensione di una via finalizzata a perseguire «la pace attraverso il diritto» (ivi, p. 281).

³⁴ Nonostante «già nella critica a Carnelutti del 1949» Bobbio, nell'enunciare la distinzione tra struttura e funzione nel diritto, negasse che «l'analisi della funzione fosse di competenza del giurista» (ivi, p. 303).

³⁵ Ivi, p. 291.

sue costruzioni teoriche le conoscenze empiriche provenienti dalla sociologia del diritto»³⁶.

Nelle pagine che Losano dedica agli spunti che Bobbio trasse dal giusfilosofo argentino Genaro R. Carrió, comprendiamo che Bobbio fu persuaso dall'idea che all'indomani del secondo dopoguerra si fosse costituito un tipo di sistema economico che incideva, in qualche modo mutandole, sulle pratiche della società come di quelle dello stato, rendendo l'economia «un ingrediente di primo piano nella politica sia pratica che teorica»³⁷. L'intervento statale, cioè, fa ingresso nella vita economica degli stati costituzionali producendo tutto un apparato di norme in grado di trasformarne l'essenza: «Lo Stato si era trasformato da guardiano notturno a imprenditore. [...] non si limitava più a prendere atto delle richieste che gli giungevano dalla società, ma pretendeva esso stesso di indirizzare la società; non reprimeva soltanto i comportamenti riprovevoli ma promuoveva anche quelli commendevoli»³⁸. Trattandosi di un prodotto che nasce direttamente dall'uomo e frutto della sua esperienza nel divenire storico politico degli eventi, quindi mutevole e dinamica nel tempo e nello spazio, la teoria generale non avrebbe più potuto esimersi dall'agganciarsi alla realtà sociale ed economica.

Il grado di influenzabilità del diritto stava ormai aumentando in maniera progressiva a causa di cambiamenti storici che si giocavano con sempre maggiore velocità e che rendevano lo svolgersi della vita reale sempre più inafferrabile agli occhi di chi, come i teorici del diritto, mantenevano viva in loro la pretesa di leggere, capire e per certi versi regolare la società. A partire dagli anni Sessanta gli eventi non possono che interrogare il giurista, sul quale grava il peso di *decidere* quale direzione dare al livello di civiltà di un dato gruppo sociale: le aspettative nei con-

³⁶ Ivi, p. 295.

³⁷ Ivi, p. 301.

³⁸ Ci si riferisce alla distinzione formulata da Jhering tra *Lohnrecht*, che Bobbio e Losano tradurranno in “diritto premiale” e *Strafrecht*, “diritto penale”. Cfr. ivi, p. 288 e p. 307.

fronti del diritto diventano più alte in presenza di una diversificazione dei diritti e lo sforzo richiesto al giurista si fa più complesso.

Se, dunque, «la conversione del 1949 coincise anche con il bisogno di rinnovamento che pervase l'Italia dopo la fine della guerra e con l'insoddisfazione di Bobbio nei riguardi della filosofia puramente speculativa»³⁹, lo stesso può dirsi in ordine alla sua “seconda conversione”: il passaggio dalla facoltà di giurisprudenza a quella di scienze politiche, nel 1972, darà avvio ad una nuova fase del pensiero di Bobbio: «Il suo interesse per la filosofia della politica e la politologia si intensifica non solo per questa ragione accademica, ma soprattutto perché per l'Italia iniziano decenni turbolenti»⁴⁰. Ecco perché la fase funzionalista, che trova esplicito fondamento teorico nell'opera *Dalla struttura alla funzione* del 1977, non è facilmente definibile come la fase che pone fine alla filosofia giuridica di Bobbio; piuttosto, essa funge da ponte verso la fase politologa dello stesso.

Giungiamo così alla sezione conclusiva del percorso tracciato da Losano, ossia quella dedicata ai «fondamentali temi politici» che, com'è noto, si concentreranno prevalentemente attorno al tema dei diritti di libertà e dei diritti umani, alla teoria dello stato e della democrazia, al problema della pace e al rapporto tra democrazia e laicità.

Che l'interesse alla politica non sorga in Bobbio solo alla fine degli anni Settanta del secolo scorso, ma che semplicemente in quegli anni egli dedicherà ad essi specifica trattazione, lo si può comprendere, ancora una volta, dalla puntualità delle informazioni forniteci da Losano, per il quale

l'elaborazione teorica di Bobbio [...] si può qui suddividere in tre fasi: la fase della speranza postbellica, quando il conseguimento della libertà sembrava rendere realizzabili le teorie democratiche e federaliste prima soltanto immaginate; la fase dell'azione democratica, ostacolata dalla Guerra fredda e dalle difficoltà

³⁹ Ivi, p. 267.

⁴⁰ Ivi, p. 168.

delle sinistre, lacerate dalle tensioni tra comunisti e socialisti e dalle troppo numerose scissioni tra socialisti e socialdemocratici; infine, la fase dello sconforto; infatti in Bobbio l'analisi delle idee politiche della sinistra e la sua critica all'intera politica italiana continuò con l'avvento dei governi Berlusconi, ma in calando⁴¹.

E ciascuna fase aggiungerà un piccolo tassello di esperienza alla precedente, dando vita ad uno sviluppo coerente nella trattazione politica.

Nell'affrontare il tema dei diritti umani, il cui approdo teorico sarà rappresentato da *L'età dei diritti* del 1990, egli ri-prende posizione, in modo estremamente contro-corrente, avverso il giusnaturalismo: i diritti umani sono diritti storicamente determinati, «non nascono tutti insieme, sono fra loro diversi e talora addirittura in conflitto»⁴² e dunque non hanno un fondamento assoluto. Essi si affermano nel corso della storia in base all'evolversi del rapporto che si istaura tra individui/cittadini e Stato: le generazioni di diritti si susseguono in base alle rivendicazioni dei cittadini, i quali reclameranno ora uno spazio di libertà *dallo* Stato, ora una sfera di autonomia politica e dunque una libertà *nello* Stato, oppure, ancora, l'esigenza di veder loro garantiti diritti sociali la cui attuazione non può che realizzarsi *per mezzo* dello Stato⁴³. Ecco perché la *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* del 1948 non può considerarsi l'approdo definitivo nell'evoluzione dei diritti umani, ma solo un punto di partenza che, a partire da quel preciso momento storico, dovrà seguirsi nella definizione delle libertà desiderabili.

Al riconoscimento dei diritti dell'uomo è indissolubilmente legata l'aspirazione alla costruzione di un apparato democratico fondato sulla pace sociale, posto che, come scriverà Bobbio in *De Senectute*, «senza diritti dell'uomo riconosciuti e protetti non c'è democrazia, senza democrazia non ci sono le condizioni minime per la soluzione dei con-

⁴¹ Ivi, p. 336.

⁴² Ivi, p. 332.

⁴³ Ivi, p. 333.

flitti sociali»⁴⁴. *Il problema della guerra e le vie della pace*, del 1979, e *Il Terzo assente*, del 1989, rappresentano i testi «riassuntivi del suo punto di vista sull'intera tematica»⁴⁵ e in essi emerge una analisi profonda sul significato contemporaneo del termine “guerra”: alla confutazione delle tradizionali categorie di riflessione sul tema, incapaci di prestarsi alla spiegazione di nuove forme di conflitto, prima fra tutte la guerra atomica, Bobbio accosta l'idea del pacifismo “istituzionale” «che delega a un ente sovrastatale la soluzione dei conflitti tra Stati, e “attivo”, che opera sulle persone per generare una coscienza dell'irrimediabile pericolo insito nella guerra nucleare, cioè una “coscienza atomica”»⁴⁶. Il pacifismo istituzionale contribuirà alla assimilazione dell'idea di pace come «condizione preliminare per realizzare la libertà»⁴⁷, poiché essa determinerà una condizione di *soddisfazione*, ossia l'azzeramento delle rivendicazioni che le parti pretendono reciprocamente di avanzare⁴⁸.

Il viaggio nella politologia di Bobbio si conclude con una lunga dissertazione di Losano circa il rapporto che Bobbio ebbe con l'idea di laicità, da lui difesa e propugnata: «L'essenza dello spirito laico è la lotta contro ogni forma d'intolleranza, di esclusivismo, in una parola contro ogni specie di fanatismo. Una tale lotta ha ancora la sua funzione, checchè se ne pensi, perché non mi pare che la mala genia dei fanatici sia del tutto scom-

⁴⁴ Bobbio, *De senectute*, cit., p. 165.

⁴⁵ Losano, *Norberto Bobbio. Una biografia culturale*, cit., p. 359.

⁴⁶ Ivi, p. 360.

⁴⁷ Ivi, p. 366.

⁴⁸ Affrontare il tema della guerra mette a dura prova gli studiosi che se ne occupano. Ad un anno di distanza dalla pubblicazione de *Il terzo assente*, l'invasione del Kuwait da parte dell'Iraq diede origine alla prima guerra del Golfo, nella quale il Consiglio di Sicurezza dell'Onu impose il ritiro delle truppe irachene, minacciando un intervento in caso contrario. Bobbio definì l'eventualità di quest'ultimo come possibile esempio di guerra *giusta*, ricevendo le critiche di Danilo Zolo dinnanzi alle quali si giustificò sostenendo che per guerra giusta egli intendesse «una guerra legalmente giustificata» e non «moralmente giusta» (ivi, p. 369).

parsa da questo mondo»⁴⁹. Un'idea di laicismo che esprime, ancora una volta in termini kelseniani, una irrinunciabile vocazione alla tolleranza⁵⁰ e che «si batte fino ad oggi per la scuola pubblica non confessionale, il divorzio, l'aborto, il testamento biologico, il matrimonio tra omosessuali, le adozioni fuori dalla famiglia tradizionale e altri diritti ancora. Esso si propone di ridefinire la sfera pubblica come rispettosa di *tutti* i cittadini»⁵¹.

Quest'ultima parte del testo ci consente di cogliere, ancora una volta, il senso del relativismo di Bobbio:

Nella democrazia non esistono quindi valori assoluti: si ritorna così alla radice del laicismo stesso. Il relativismo è, a sua volta, il fondamento della libertà individuale, poiché nessun valore prevale sugli altri, e quindi ognuno è libero nella misura in cui la sua libertà non entra in collisione con quella di altri. Questa concezione del relativismo e della libertà è l'unica compatibile con l'uguaglianza, valore repubblicano su cui si fonda la democrazia: infatti l'essenza della democrazia è costituita dall'alternanza al potere di partiti che rappresentano valori contrastanti ma paritetici⁵².

In conclusione, nella *biografia culturale* che Losano ci offre, c'è tutto lo sforzo ricostruttivo di un allievo che tenta di presentare, in un unico lavoro, l'intreccio tra vita, eventi e produzione intellettuale del proprio maestro. Se poi l'allievo e il maestro in questione rappresentano due fra i pensatori più eminenti dei loro anni allora la ricostruzione assume, certo, un significato profondo, ossia quello di far silenziosamente percepire la trasformazione di un rapporto, durato circa quarantacinque

⁴⁹ Ivi, pp. 390-391.

⁵⁰ Si veda anche ivi, p. 418.

⁵¹ Ivi, p. 391. Anche in tema di laicità dello stato, non mancarono le critiche rivolte alla presa di posizione che Bobbio ebbe, in particolare, sull'aborto, contro il quale egli si espose pubblicamente avanzando un preteso diritto del concepito superiore a quello della donna. Si vedano le pp. 433 ss. del lavoro di Losano.

⁵² Losano, *Norberto Bobbio. Una biografia culturale*, cit., p. 392.

anni, in legame, rendendo «il confine tra storia e testimonianza [...] a volte evanescente»⁵³.

Con chiarezza e scientificità straordinarie, attraverso un punto di vista che si fa talvolta esterno, talaltre interno, Losano traccia un ritratto nel quale Bobbio appare come un osservatore che riempie le proprie mani della realtà che egli intende spiegare. Un filosofo che, percorrendo «della vita l'arco»⁵⁴ passeggia concretamente tra le strade di un mondo che egli impone a se stesso di conoscere al massimo delle proprie possibilità. Ciò che resta dalla lettura è innanzitutto la sensazione che esista una ineliminabile *dialettica fatto-norma* che attribuisce allo studioso il ruolo fondamentale di determinare il contenuto di tale relazione; nell'ammettere con forza una concezione del diritto che non sia più riduttivamente ascrivibile al solo dato normativo, Bobbio ha aperto inevitabilmente le porte ad una teoria generale che non può prescindere da riferimenti precisi al dato reale: il diritto gioca un ruolo così significativo che non è più ipotizzabile quello schema tradizionale secondo cui la fattispecie pratica si inserisce all'interno dello schema normativo dato. E questo impone alla filosofia del diritto di muoversi su binari differenziati, ma allo stesso tempo diretti al raggiungimento di un'esigenza apprezzabile, ossia la costruzione di schemi teorici *nuovi* che siano adeguate a questioni, di fatto, *nuove*. Dallo scorrere delle pagine, ancora, diventa palese come «in ogni sfaccettatura dell'attività di Bobbio [sia] presente il desiderio di *comprendere e farsi comprendere*»⁵⁵. Quelle che Losano definisce come «le tre virtù del Bobbio studioso», ossia la chiarezza, la comprensione e dialogo, emergono con tutta evidenza come aspetti ineliminabili e necessariamente compresenti nella razionalità di Bobbio, per il quale il bisogno di coniugare comprensione e chiarezza si pone come inevitabile corollario di uno studio che rifiuti l'insularità delle proprie posizioni per metterle in gioco in un dialogo aperto e paritario.

⁵³ Ivi, p. 9.

⁵⁴ È un inciso tratto da Friedrich Hölderlin, con cui Losano chiude il proprio *Commiato* da Bobbio (cfr. ivi, p. 460).

⁵⁵ Ivi, p. 211.

Finito di stampare nel mese di maggio 2019
da Tipografia Montserrat S.n.c. - Vicopisano (PI)
per conto di Pisa University Press