

TEORIA GENERALE DEL DIRITTO: UN PRIMO INQUADRAMENTO INTRODUTTIVO

SOMMARIO: 1. Tre domande sulla Teoria generale e i metodi del diritto. – 2. Perché è così importante la chiarezza? – 3. Qualche consiglio per i lettori. – 4. Una postilla sulla frequenza universitaria.

1. Tre domande sulla Teoria generale e i metodi del diritto

Questo lavoro è una selezione ragionata di alcuni temi di Teoria generale del diritto, che sono stati elaborati, contestualizzati e rimodulati a partire dagli insegnamenti di Patrizia Borsellino, nei suoi corsi di Filosofia del diritto, e poi nei numerosi momenti di confronto e di approfondimento, che hanno rappresentato, per chi scrive, il primo e più rilevante bagaglio formativo, scientifico e didattico.

L'orientamento proposto è quello della filosofia analitica italiana, di impronta giuspositivistica, che esprime la consapevolezza che il diritto è linguaggio e, come tale, va studiato e compreso, con le difficoltà e le criticità ad esso connesse; l'approccio all'universo giuridico muove altresì dalla premessa che il diritto sia un'impresa tutta interna all'esperienza umana, e che i termini che impiega e i significati che attribuisce alle parole che usa siano frutto di scelta, per rispondere ad esigenze e bisogni dei consociati.

Per avere un primo, ampio e generale inquadramento del percorso che si propone, si darà conto delle ragioni a sostegno dello studio e dell'approfondimento di alcuni temi di teoria generale del diritto.

Sarà preliminarmente chiarito a quale uditorio questo testo si rivolge, quali saranno gli autori maggiormente trattati, perché ce ne occuperemo e con quali finalità¹.

A quale uditorio si rivolge, perché ce ne occupiamo, cosa ci aspettiamo di ottenere e quali sono le ragioni per riflettere su di essa?

Questo percorso di teoria generale del diritto si rivolge senz'altro agli studenti che, nell'avvio del loro percorso, iniziano a formarsi in un contesto giuridico, ma anche a tutti i lettori che vogliano avere una prima e iniziale conoscenza teorica del mondo del diritto.

Non si tratta di un manuale tradizionale, nel senso che non si intende dare conto, con una trattazione diffusa e organica, di tutti gli orientamenti del e sul diritto, del passato, o a noi contemporanei, ma si tratta di uno strumento funzionale ad una preparazione di base, sui alcuni temi e sui principali concetti giuridici, che selettivamente segue specifiche linee di analisi, pensate per coloro che si accostano, per la prima volta, allo studio teorico del diritto in ambito universitario o in un altro contesto formativo.

Il lavoro presenta una forte impronta giuspositivistica e, nello specifico kelseniana. Questo perché si ritiene che, sebbene oggi la cultura giuridica abbia maturato notevoli conoscenze e si sia arricchita di numerosi ulteriori contenuti, abbia tuttavia un debito nei confronti di uno, tra i giuspositivisti di maggiore influenza del Novecento, Hans Kelsen. I lettori, pertanto, avranno molti riferimenti alla teoria kelseniana, ma non solo ad essa. Buona parte degli argomenti che saranno proposti hanno un'altra radice forte, vale a dire la radice che individua in Norberto Bobbio uno dei maestri italiani della teoria e dell'analisi giuridica, che ha introdotto in Italia non solo lo studio di Kelsen², ma che ha altresì posto le premesse affinché si realizzasse l'incontro tra la concezione kelseniana e gli strumenti della filosofia di orientamento analitico-linguistico.

All'indomani della Seconda guerra mondiale, tra la fine degli anni Cinquanta e gli anni Sessanta, infatti, grazie agli insegnamenti e per impulso di Norberto Bobbio, si è radicata, in Italia, la scuola analitica nord-occidentale di filosofia e di teoria generale del diritto, con alcuni caratteri specifici³. Possiamo brevemente ricordare l'insofferenza per ogni «vaniloquio filosofico»⁴, e la preferenza forte, invece, accordata ad una concezione della filosofia non come genio speculativo o forma di conoscenza superiore della realtà, che conduce alla scoperta di verità sostanziali senza passare dall'esplorazione e dalla verifica del mondo fenomenico, bensì come studio paziente, rigoroso⁵, che parte dall'esperienza, e ad essa vi fa ritorno, ed impiega strumenti razionali, al fine di formulare discorsi controllabili e verificabili. Si tratta di una modalità di costruzione del sapere attenta alla concretezza empirica, e volta a conseguire risultati che possano diventare patrimonio comune a tutti gli studiosi⁶.

A muovere da tali premesse, Kelsen è stato uno tra gli autori più studiati e proposti, da Bobbio e dai suoi allievi, per diverse ragioni. Kelsen aveva esteso allo studio del diritto «il programma di ideologizzazione già formulato da Weber e da Pareto»⁷, nei primi anni del Novecento nell'ambito delle scienze sociali, e aveva impostato tutto il suo lavoro a muovere da classificazioni concettuali precise e accurate, discostandosi da indirizzi che si richiamavano a nozioni non definite in modo rigoroso, poiché ritenute non suscettibili di analisi, per presunte proprietà intrinseche o, semmai, coglibili per via intuitiva⁸. Inoltre, Kelsen ha sempre applicato allo studio del diritto la distinzione tra fatti e valori, e ha tenuto ferma tale distinzione specialmente in riferimento a temi o questioni centrali,

come ad esempio riguardo alla validità delle norme giuridiche, rispetto al problema della loro giustizia.

A questi profili, tenuti fin da subito in particolare considerazione dalla c.d. “Scuola di Bobbio”, si sono aggiunti, negli anni, l’attenzione all’analisi del linguaggio, con particolare riguardo alla semiotica dei linguaggi normativi, alla definizione del e nel diritto e all’analisi dei concetti giuridici, nella convinzione che le specificità dell’approccio analitico al diritto realizzato in questo contesto ponessero le premesse per supportare i buoni risultati conseguiti dalla teoria generale del diritto di tipo normativistico kelseniano⁹ e consentissero di valorizzare il lavoro dei giuristi, sia in sede di elaborazione teorica, sia nei contesti pratici.

Una volta richiamate e spiegate le ragioni delle due prevalenti radici, kelseniane e bobbiane, di questo lavoro, va altresì precisato che le scelte contenutistiche e tematiche compiute non stanno a significare che altri autori non saranno presi in esame, né che la teoria del diritto si sia fermata a Kelsen o a Bobbio. Si è tuttavia ritenuto che, tanto per coloro che, per la prima volta si accostano ad un percorso di riflessione sui concetti giuridici e sui principali strumenti del diritto, quanto per gli studenti all’inizio del loro percorso di formazione accademica, fosse preferibile, per un adeguato orientamento, scegliere solo alcuni temi, e solo alcuni autori, che su quei temi hanno lasciato un segno e hanno scritto pagine in grado di spiegare, ancora oggi, molte questioni che si discutono.

Avremo modo di familiarizzare con percorsi teorici di Kelsen, di Bobbio, di diversi giuristi, come ad esempio Uberto Scarpelli, oltre che con altri studiosi afferenti alla scuola di Bobbio¹⁰, che hanno consolidato la prospettiva giuspositivistica, e che hanno segnato, in particolare, l’esperienza italiana.

Ci occuperemo, inoltre, delle critiche mosse a Kelsen da alcuni autori, come ad esempio da Herbert Hart, perché i profili d’analisi emersi hanno costituito un bagaglio teorico-culturale al centro di discussioni e di dibattiti, che hanno animato e arricchito la riflessione teorico-giuridica, così come si è sviluppata negli ultimi decenni. Buona parte degli autori che saranno esaminati hanno inoltre contribuito a delineare l’apparato concettuale con cui lavorano i giuristi e, in alcuni casi, hanno posto le premesse per gli assetti delle moderne democrazie e dell’attuale profilo della forma di stato costituzionale di diritto.

Saranno talora richiamati alcuni apporti di studiosi che si collocano pienamente nella tradizione di impronta giuspositivistico-analitica, che hanno dato rilevanti contributi in specifici contesti o riguardo a temi particolari, affinché si ponessero le premesse per nuovi contenuti normativi, impensabili senza un appropriato apparato teorico-concettuale di riferimento¹¹.

Si metterà pertanto in evidenza l’importanza di apprendere adeguatamente i contributi forniti, perché è proprio attraverso la conoscenza delle riflessioni proposte che si può calare, nel momento in cui parliamo e studiamo, la fecondità dei rilievi evidenziati, la lungimiranza delle elaborazioni e l’attualità della

chiarezza fatta, intorno a questioni centrali o a “nozioni-chiave”, nei lavori degli autori considerati.

Qual è l'approccio generale proposto rispetto al mondo del diritto?

Riguardo alle categorie e ai concetti giuridici, si considera superata la tesi di una loro presunta fissità, nella convinzione che le nozioni e gli strumenti (linguistici) di cui si compone il diritto non sono «“entità” date una volta per tutte e indiscutibili»¹², [...], così da pervenire all'appropriata, o addirittura scontata, soluzione normativa per le questioni che sono oggetto di esame o di discussione. Al contrario, strumenti, definizioni, concetti, sono suscettibili di essere rimodulati, ripensati e, quindi, «anche estesi o ristretti, sulla base di considerazioni di valore che, chi le fa proprie, ha l'onere di esplicitare, assumendosene la responsabilità»¹³.

Si propone, inoltre, un approccio anti-metafisico, volto cioè a rifiutare l'idea che il diritto sia uno strumento che ha il compito di “svelare” e di tradurre in norme valori ultimi, non negoziabili o istanze da sempre e per sempre presenti nella società, o iscritti nel “cuore dell'Uomo” e appartenenti ad una sola, vera, Morale. Si privilegerà, invece, una concezione di diritto quale prodotto, quale frutto dell'esperienza umana, interna all'esperienza storica dei consociati, perfezionabile, mutabile, volto ad essere considerato strumento per la pacifica composizione di conflitti e per la composizione di attriti che scaturiscono dal pluralismo dei valori e dai differenti modi di “libera costruzione della personalità” dei consociati, nella consapevolezza che i differenti bagagli valoriali o morali non sono gli uni indifferenti rispetto agli altri, e che potranno trovare legittimazione tutte e sole le concezioni morali sostanziali che siano conformi alla Carta e all'impianto costituzionale.

A quali prospettive di ripensamento di nozioni chiave può portare?

Attraverso l'acquisizione di competenze minime di teoria del linguaggio e di teoria della definizione, saranno riproposte (ridefinite) criticamente nozioni centrali dell'attività dei giuristi, quali “persona”, “diritto soggettivo”, “norma”, “ordinamento”, “illecito”, “dovere e obbligo giuridico”, ecc.

Queste preliminari precisazioni consentono di individuare, inoltre, quali possono essere i “ruoli” che può giocare la Teoria generale del diritto, nella formazione dei giuristi, non meno che nell'approfondimento compiuto da ogni altro lettore.

Si possono evidenziare quattro diversi ruoli: un ruolo orientativo, un ruolo pratico, un ruolo riconciliativo e uno propulsivo-innovativo.

Il ruolo orientativo consiste nel saper argomentare in modo razionale, rispetto ad una scelta compiuta o da compiersi, o in relazione ad una posizione presa o ad una opzione da valutare, su diverse questioni che si pongono e si porranno nello studio e nella pratica del diritto.

Il ruolo pratico riguarda la capacità di dotare gli utenti di strumenti teorico-concettuali capaci di dirimere conflitti o di trovare strade percorribili di fronte a situazioni controverse.

La teoria generale del diritto, per come verrà proposta, si presta ad avere anche un ruolo riconciliativo: la riflessione sui presupposti teorici sui quali si fondano strumenti e istituzioni svelenisce il clima di diffidenza nei confronti del mondo del diritto e contribuisce a pacificare tutti noi rispetto alle molte frustrazioni, che si avvertono ogni volta che, senza adeguata preparazione, ci si confronta col mondo del diritto (e con le sue peculiarità, stranezze e perché no, talora anche con le sue inefficienze).

Infine, potrà giocare un ruolo propulsivo-innovativo, poiché è compito dell'analisi teorica fare chiarezza su molte questioni, nuove o meno, al fine di individuare strumenti e percorsi di azione, chiarire presupposti e significati di enunciati e termini e sondare possibilità e limiti di possibili interventi, specie negli ambiti problematici che chiedono al diritto di intervenire con strumenti, soluzioni, garanzie, per la composizione di diversi interessi e valori contrastanti o confliggenti. Ad esempio: è il ruolo propulsivo-innovativo della teoria generale che porta a fare chiarezza e dare un orientamento riguardo ai molti problemi sollevati, oggi, dall'avanzamento delle conoscenze biomediche, tecnologiche e scientifiche in generale; così come è il ruolo innovativo e propulsivo della teoria generale del diritto che punta a chiarire problemi e a proporre soluzioni per nuove o emergenti istanze sociali, che chiedono adeguati riconoscimenti giuridici.

2. Perché è così importante la chiarezza?

«Dico la verità [...], ogni volta che sento una parola difficile, divento scettico e mi chiedo se non si possa dire la stessa cosa usando termini più semplici. Forse sono un po' sprovveduto, ma non bisogna dimenticare che gli intellettuali tendono a creare nicchie per se stessi, e se tutti capiscono cosa dicono, allora cos'è che li rende speciali? Li rende speciale sapere qualcosa che gli altri non capiscono, perché è questa la base per costruire il loro potere e il loro privilegio. Penso che dovremmo essere molto scettici nei confronti degli intellettuali quando costruiscono strutture poco trasparenti [...]. Se una cosa è stata davvero compresa, credo che la si possa proporre in modo semplice¹⁴».

Queste parole del filosofo del linguaggio Noam Chomsky¹⁵ esprimono in modo efficace e sintetico alcuni valori importanti per la ricerca e l'insegnamento universitario: l'onestà intellettuale, la chiarezza espositiva, l'importanza della condivisione del sapere. Lavorare a favore della chiarezza dei presupposti e dei meccanismi consente, anzi, «richiede di considerare il diritto strumento/prodotto culturale», segnato (anche) dai mutamenti della società e della storia¹⁶. Se questi sono da considerare assunti che dovrebbero valere per ogni disciplina, a

maggior ragione, devono essere fatti propri e messi in pratica da chi si occupa di insegnamenti che hanno l'obiettivo di chiarire presupposti¹⁷, formulare concetti, definire termini etc.

«Se leggo un testo che parla di elettrodinamica quantistica, non capisco una parola, ma so cosa dovrei fare per arrivare a capirlo e sono abbastanza sicuro che potrei riuscirci, dato che ho capito altre cose complicate. Mi immergerei nella disciplina [...], oppure potrei andare da qualcuno alla Facoltà di Fisica e chiedere: “Senti un po’, com’è che sono tutti interessati a queste cose? E lui cercherebbe di adattare i miei concetti al mio livello di competenza. Forse non arriverei ad avere una conoscenza approfondita dell’argomento, ma sicuramente comincerei a capirlo. Ma quando mi imbatto in un testo di certi teorici, ho l’impressione che potrei passarci sopra la vita e non lo capirei lo stesso. E non so neppure come arrivare a capirlo, quali passi fare. È possibile che si tratti di campi fuori dalla mia portata, forse non sono abbastanza intelligente. In ogni caso tutto ciò si presta ad una conclusione divertente: qualcuno è stato capace di creare qualcosa di più complicato della fisica e della matematica»¹⁸.

Molti studenti, nell’approcciare la teoria generale del diritto, partono dal pregiudizio che tale insegnamento sia più difficile della fisica e della matematica e, forse, imbattendosi in qualche testo, hanno avuto l’impressione di non essere abbastanza intelligenti per capire e di dover spendere troppo tempo per comprendere, invano, concetti eccessivamente complicati.

Anche al di fuori del contesto accademico affermare che si insegna Teoria generale e metodi del diritto suona un po’ come dire che si insegna una disciplina riservata a pochi, perché poche sono le persone in grado di capire un presunto insieme di oscuri termini e concetti.

Chomsky chiosava così: «Ci sono parti della filosofia che credo di capire [...], ce ne sono altre che non capisco perché per me non hanno senso. Sono solo parole che mi scorrono davanti agli occhi, non riesco a capire il ragionamento. Forse mi manca un gene, è possibile. Ma in tutta onestà, mi sembra una truffa»¹⁹.

Questo lavoro è pensato per tutti coloro che vogliono dotarsi di strumenti minimi per la comprensione del mondo giuridico, ma con un approccio critico, che consenta agli studenti di affrontare l’intero percorso di studio in modo più consapevole, e a tutti gli altri lettori e di essere cittadini più attenti alle questioni “di diritto” che possano interessare le loro vite.

Gli studenti (e l’uditorio in genere) non diventeranno “esperti” di un settore giuridico particolare, ma sapranno fare chiarezza sui molti strumenti (concetti, atti, procedure) in cui si imbattono o, almeno, saranno più preparati di fronte a problemi tanto in ambiti specifici di approfondimento, quanto in settori o in contesti più ampi, in cui l’intervento del diritto, e il lavoro dei giuristi, sono chiamati a fornire strumenti o a dare risposte di fronte alle sfide del presente: (es: dall’informatica giuridica alla bioetica, dall’approfondimento filosofico a

quello sociologico, dagli istituti classici del diritto a nuovi istituti o negozi giuridici, che nascono dalle esigenze contemporanee).

L'auspicio è che i lettori, scorrendo queste pagine, possano orientarsi nell'universo giuridico, e che non considerino ciò che leggono solo una serie di segni di inchiostro nero privi di significato; ci si augura, infine, che possano diventare un primo momento di crescita e di acquisizione di saperi comprensibili, argomentabili e condivisibili.

3. Qualche consiglio per i lettori

Lo studio paziente e continuo degli strumenti di teoria generale de diritto, oltre a fornire una preparazione generale e di base dei principali temi della riflessione giuridica, potrà rafforzare lo spirito critico degli studenti e dei cittadini e incoraggiarne atteggiamenti più consapevolmente democratici. Questa affermazione potrebbe risultare retorica o strumentalmente demagogica. Tuttavia, dovremmo considerare che ogni momento di formazione, ogni approfondimento sugli strumenti e sui metodi propri del sapere giuridico, contribuisce a dotare il lettore di un bagaglio utile e fruttuoso. Dovremmo immaginare, in proposito, la teoria generale come una potente cassetta degli attrezzi capace, nel giro di poco tempo, di offrire strumenti di analisi del mondo del diritto. Essa consentirà di essere educati ad una lettura non superficiale delle teorie e dei contributi dei giuristi, non meno che degli accadimenti del passato o di oggi, così come consentirà di essere preparati a conoscere e ad usare i linguaggi contemporanei, il linguaggio ordinario e quello giuridico, con maggiore consapevolezza delle insidie e dei problemi in essi presenti e che, molto spesso, vengono ignorati o addirittura negati.

Ma ...

Perché insistere tanto sulla dimensione critica, sull'attenzione al linguaggio, alle definizioni, ai concetti normativi? Perché non accontentarsi di rassicuranti elaborazioni teoriche tradizionali, offerte da certe autorità, e, dunque, perché interrogarsi, ad esempio, sul fatto siano ancora spendibili – e fino a che punto – definizioni come le seguenti: “il diritto è operare per la realizzazione della giustizia”; oppure: “è diritto ciò che vuole il legislatore”; oppure, ancora: “è diritto ciò che è perfezionato ed efficace nella vita dei cittadini, altrimenti resta solo una lettera morta vergata dalla mano di un Parlamento distante dalla vita reale”.

Dovremmo domandarci se abbia senso adoperarsi con un paziente e laborioso percorso di studio e di analisi per capire come funziona l'ambito giuridico che, bene o male, è sempre andato avanti. Non da ieri, del resto, gli uomini si dotano di regole, di norme, di strutture, di funzionari, di apparati e chiamano tutto questo “diritto”. Perché dunque cadere – sosterebbe un ipotetico interlocutore provocatore – nella ingenua tentazione di poter offrire nuove chiavi di

lettura? Non è, insomma, una pia illusione ritenere che un altro sguardo al diritto sia possibile e, soprattutto, sia utilmente praticabile?

Questi presunti problemi – come ancora taluno sostiene – sono argomenti di scarsa rilevanza: i “veri” giuristi non si interrogano sulle forme, le strutture o funzioni delle norme giuridiche, le imparano e le applicano. I “veri” giuristi non si fanno troppe domande sulla gerarchia delle fonti: c’è sempre un manuale a cui attingere, non serve altro. I “veri” giuristi non si interrogano su significati, definizioni, ricadute del diritto, perché sono troppo intenti a studiarlo in tutte le sue branche, a redigere atti e a scrivere memorie.

Al nostro ipotetico e polemico interlocutore dovremmo rispondere che se il mondo giuridico fosse così semplice come le sue osservazioni fanno pensare, non si spiegherebbe il proliferare di teorie molto diverse le une dalle altre, nei secoli, per tentare di spiegare cosa sia “diritto”; ancora, non riusciremmo a capire come mai si sono succedute strutture, apparati, configurazioni così differenti l’una dall’altra, che hanno composto l’articolata e complessa cultura giuridica.

Se poi fosse vero ciò che sostiene, dovremmo concludere che il presente e il futuro dei giuristi siano aridi, come se il diritto fosse – e a taluni piacerebbe poterlo trasformare così davvero! – un contesto quasi-meccanico, di automatismi e di soluzioni immediate, pressoché irriflesse, generate da efficienti operatori, che lavorano al comando di funzionari e legislatori, sempre preparati di fronte alle nuove e continue sfide sollevate dalla società, rispetto alle quali hanno la presunzione di aver già dato tutte le risposte possibili o di saper fornire, se proprio fosse il caso, altre soluzioni.

Non è questione di ingenuità, potremmo e dovremmo rispondere. Piuttosto, è questione di responsabilità e di libertà capire che ci sono diversi paradigmi teorici e scelte etico-politiche forti dietro ogni proposta definitoria di cosa sia diritto, al fine di giustificare la presenza – o l’assenza – di istituzioni, apparati, procedure e regole.

Inoltre, ci limitiamo a segnalare che la conflittualità che, in molti contesti, connota il momento presente, unita ai numerosi ambiti problematici che chiedono risposte al diritto, è forse l’indice più importante di cui tenere conto quando si afferma che regole ci sono e ci saranno sempre e, dunque, quel che conta è conoscerle, senza andare troppo a fondo e senza interrogarsi sulla loro giustizia, sulla loro efficacia, sulla loro validità.

Insomma, scartiamo da subito il pregiudizio negativo che lo studio analitico e l’analisi critica del diritto siano attività così complesse, da dover essere riservate solo a pochi. Pensiamo, invece, che non ha scarsa rilevanza chiedersi da chi, con quale linguaggio, secondo quali procedure, quando, in quale sistema e per quali scopi sono emanate norme, sono emesse sentenze, sono stipulati atti e contratti.

La teoria generale del diritto offre un’opportunità: consente di porre le basi per diventare cittadini e operatori del mondo del diritto (più) preparati, consa-

pevoli della ricchezza e dei problemi del diritto, capaci di problematizzare le questioni e di trovare percorsi e soluzioni talora ragionevoli, talora originali, attenti alle sfide contemporanee. La prima scelta che si pone è, allora, se usufruire di questa opportunità o lasciarla in un cassetto.

4. Una postilla sulla frequenza universitaria

Prima di entrare nel merito del percorso, è opportuno ricordare che una preparazione seria e strutturata passa, senza dubbio, da letture approfondite, ma che anche la frequenza ai corsi è un importante elemento, per la formazione e la crescita personale e professionale. In proposito, richiamiamo, brevemente, alcune riflessioni di un noto studioso, semiologo e scrittore, Umberto Eco, che con poche ed efficaci osservazioni argomentava a favore della frequenza universitaria e, nel merito, ha risposto alla seguente domanda: perché frequentare le università²⁰?

Eco ha ricordato che, il 18 settembre del 1988, 388 rettori provenienti da tutta Europa e oltre, avevano firmato la *Magna Charta Universitatum*. Da allora, quel testo è divenuto l'essenziale punto di riferimento circa i valori e i principi fondamentali dell'istituzione universitaria.

Studiare, dialogare, confrontarsi all'università significa frequentare uno dei «[...] pochi luoghi in cui è possibile un confronto razionale fra diverse visioni del mondo»²¹. È nelle università che ci si batte per il progresso e per la diffusione del sapere. «L'università è ancora il luogo in cui sono possibili confronti e discussioni, idee migliori per un mondo migliore, il rafforzamento e la difesa di valori fondativi universali, non ordinati negli scaffali di una biblioteca, ma diffusi e propagati con ogni mezzo possibile»²².

Eco ha poi sottolineato che la storia ha mostrato come le persone possano amare Brahms o Goethe, e allo stesso tempo essere capaci di organizzare campi di sterminio. «Ma quelle stesse persone, prima di realizzare la loro soluzione finale, dovettero cacciare dalle università, una per una, tutte le menti critiche: l'università rappresenta da sempre un pericolo per ogni genere di dittatura»²³.

Nelle università si formano individui aperti al confronto, a nuovi saperi, a nuove lingue e linguaggi, e tale formazione rende immuni alle seduzioni di qualsivoglia nazionalismo.

La presenza costante e assidua nelle università può costituire una garanzia per i tanti giovani (e anche meno giovani) che sono alla ricerca di un sapere affidabile.

Infine, Eco sottolineava che è nelle università che si coltiva un terreno condiviso su cui verificare e comparare ogni differenza portatrice di ricchezza. L'università è il luogo in cui vi è un approccio unificato alla diversità.

Sia che la lettura e lo studio avvengano individualmente, sia che siano inte-

grativi di lezioni fruite con assiduità, l'università può e deve essere intesa, ancora, come un luogo di costruzione di saperi affidabili, di scambio, di confronto, ed è il contesto in cui comincia la formazione e la prima alfabetizzazione ai linguaggi dei diversi contesti disciplinari.

Note all'Introduzione

¹ Questa parte è liberamente ispirata a J. Rawls, *Lezioni di storia di filosofia politica*, Feltrinelli, Milano, 2009.

² Cfr. P. Borsellino, *Bobbio metateorico del diritto*, Giuffrè, Milano, 1991, ora riproposto, in un'edizione riveduta e aggiornata in Id., *Norberto Bobbio metateorico del diritto*, Maggioli, Sant'Arcangelo di Romagna, 2014, pp. 1-32, in particolare pp. 10 e ss.

³ Cfr. P. Borsellino, *ult. op. cit.*, pp. 4 e ss.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Cfr. N. Bobbio, *Filosofia e cultura*, in *La rassegna d'Italia*, 1946, pp. 117-124, in particolare p. 123.

⁶ Cfr. U. Scarpelli (a cura di), *Diritto e analisi del linguaggio*, Edizioni di Comunità, Milano, 1976, pp. 407-448, in particolare p. 426, cit. in P. Borsellino, *ult. op. cit.*, p. 7.

⁷ Cfr. N. Bobbio, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Edizioni di Comunità, Milano, 1977, pp. 190 e ss., cit. in P. Borsellino, *ult. op. cit.*, p. 9, nota 32.

⁸ Cfr. P. Borsellino, *ult. op. cit.*, p. 11.

⁹ Cfr. P. Borsellino, *ult. op. cit.*, pp. 16 e ss.

¹⁰ Si troveranno richiamati i contributi di alcuni allievi della c.d. Scuola analitica di filosofia e di teoria generale del diritto. Tale Scuola è nata nella seconda metà del Novecento a Torino, dagli insegnamenti di Norberto Bobbio ed è altresì conosciuta come "la Scuola di Bobbio". Tra i molti e diversi studiosi, che a diverso titolo possono definirsi allievi della scuola di Bobbio, in quanto allievi diretti, o indiretti o comunque accomunati da affinità elettive, ricordiamo Uberto Scarpelli, Giacomo Gavazzi, Amedeo G. Conte, Mario G. Losano, tra i primi. Allievi di allievi sono, invece, tra i molti, Mario Jori, Letizia Gianformaggio, Patrizia Borsellino, Claudio Luzzati. Tra coloro che hanno lavorato a vario titolo con Bobbio, quali studiosi legati da c.d. "affinità elettive", possiamo ricordare Luigi Ferrajoli, Giovanni Tarello, Silvana Castignone, Riccardo Guastini, Enrico Pattaro. Non di tutti questi autori saranno presi in esame lavori e contributi, ma di molti di essi sarà fatta menzione, in relazione a specifici temi o ad argomenti peculiari. Per una ricostruzione analitica dei presupposti filosofico-culturali propri della "scuola di Bobbio", cfr. P. Borsellino, *ult. op. cit.*, pp. 1-32, in particolare pp. 2-20; per una ricostruzione in chiave storico-giuridica, invece, della "scuola di Bobbio", cfr. M.G. Losano, *Norberto Bobbio. Una biografia culturale*, Carocci, Roma, 2018, pp. 22-61.

¹¹ A tale proposito, facciamo solo un paio di esempi. Per quanto riguarda la teoria dei diritti fondamentali, si farà rinvio alle elaborazioni di Luigi Ferrajoli, che è uno degli studiosi più autorevoli sul tema, sia in ambito nazionale, sia in ambito internazionale. Inoltre, per quanto attiene ad un recente intervento legislativo, vale a dire la legge n. 219/2017, *Norme in materia di consenso informato e disposizioni anticipate di trattamento*, il cui travagliato iter istituzionale ha interessato diversi anni e ha comportato non poche difficoltà, si rinvierà ai contributi di Patrizia Borsellino. Borsellino, infatti, è una tra le studioshe che sono state maggiormente ascoltate in sede di audizione parlamentare, per arrivare alla redazione finale del provvedimento.

¹² Cfr. P. Borsellino, *Storicità del diritto e filosofia di orientamento analitico-linguistico. Quale rapporto?*, in A. Ballarini (a cura di), *Storicità del diritto ed esistenza materiale*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 107-128, in particolare pp. 122-124.

¹³ Cfr. P. Borsellino, *ult. op. cit.*, in particolare p. 123.

¹⁴ Cfr. N. Chomsky, *Capire il potere*, Il Saggiatore, Milano, 2008; i brani qui riproposti sono tratti dal capitolo 7, *Gli intellettuali e il mutamento sociale*, trascrizioni basate sui discorsi e sui dibattiti tenuti a Wood Hole e Rowe, Massachusetts, nel 1989, nel 1993 e nel 1994, in particolare pp. 292-294.

¹⁵ Per un approfondimento sulla filosofia del linguaggio, e del linguaggio normativo, in Chomsky, cfr. P. Casalegno, *Filosofia del linguaggio. Un'introduzione*, Carocci, Roma, 2018, pp. 327-364.

¹⁶ Cfr. P. Borsellino, *Storicità del diritto e filosofia di orientamento analitico-linguistico. Quale rapporto?*, cit., p. 108.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Cfr. N. Chomsky, *Capire il potere*, cit., pp. 292-294.

¹⁹ Cfr. N. Chomsky, *ult. op. cit.*, pp. 292-294.

²⁰ Cfr. U. Eco, *Perché frequentare le università*, intervista del 1° ottobre 2013, consultabile al seguente indirizzo: <http://temi.repubblica.it/micromega-online/perche-le-universita/?printpage=undefined>.

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*.

CAPITOLO 1

TEORIA GENERALE
E TEORIA MINIMA DEL LINGUAGGIO

SOMMARIO: 1. Brevi precisazioni sulla Teoria generale del diritto. – 2. «Teoria generale del diritto *dei filosofi*» e «Teoria generale del diritto *dei giuristi*». – 3. Teoria minima del linguaggio. – 3.1. La concezione essenzialistica del linguaggio. – 3.1.1. Un'ulteriore teoria rispecchiativa del significato: il verificazionismo. – 3.1.2. La concezione asimmetrica dei significati. Cenni al descrittivismo e all'emotivismo. – 3.2. La svolta del prescrittivismismo. – 4. Usi del linguaggio. Linguaggio in funzione descrittiva/linguaggio in funzione espressiva/linguaggio in funzione prescrittiva. – 5. Il linguaggio come costruzione culturale e struttura regolativa. – 5.1. Il triangolo semiotico nella prospettiva essenzialistica e nella prospettiva convenzionalistica. – 6. Brevi cenni ai problemi del linguaggio. – 7. Il linguaggio giuridico. – 8. La definizione nel diritto. – 8.1. Dalla statica alla dinamica della definizione nell'ottica nominalistico-analitica. – 8.2. L'uso emotivo del linguaggio e le definizioni persuasive. – 8.3. I termini del linguaggio prescrittivo.

1. *Brevi precisazioni sulla Teoria generale del diritto*

Nell'Enciclopedia Treccani, alla voce “Teoria generale del diritto”, troviamo la seguente definizione lessicale: «La Teoria generale del diritto è una disciplina che studia il diritto come organizzazione sistematica e storicamente variabile delle relazioni intersoggettive, al fine di enucleare alcuni elementi generali o universali del diritto, utilizzando i dati positivi offerti dall'ordinamento e arrivando a isolare concetti quali legge, norma giuridica, diritto soggettivo, ordinamento giuridico, fonte del diritto, sanzione ecc. Si distingue dalla scienza dei diritti positivi in quanto prescinde, in linea di massima, dal contenuto delle singole norme giuridiche, occupandosi in particolare dei diversi sistemi giuridici, degli aspetti comuni ai vari settori del diritto e delle relazioni che sussistono tra principi morali e norme giuridiche»¹.

Da essa si suole distinguere la Filosofia del diritto, generalmente intesa come una disciplina volta all'analisi e alla ricerca delle caratteristiche tipiche del mondo giuridico, che mette in relazione l'ambito giuridico con quello filosofico, attraverso riflessioni sui alcuni concetti centrali, come “diritto”, o “legge”, o “giu-

stizia”, e che si occupa dei rapporti tra diritto e morale, tra diritto e politica, l’economia e la società. La filosofia del diritto indagherebbe, altresì, i meccanismi di legittimazione del potere, la composizione dell’ordinamento e l’articolazione dei livelli di emanazione normativa presenti in uno Stato, e può rivolgere la propria attenzione anche ai presupposti logici che sorreggono la pretesa di una conoscenza scientifica del diritto e le metodologie argomentative che ne scandiscono il funzionamento quotidiano. Le diverse risposte date a questi problemi possono essere offerte a muovere da differenti concezioni presenti nel dibattito attuale, che possono essere sinteticamente riassunte nelle diverse prospettive teoriche offerte dal giusnaturalismo, da positivismo giuridico e dal giusrealismo².

Tenuto conto delle due differenti definizioni poco sopra richiamate, e presenti in un’autorevole opera enciclopedica, va subito precisato che risultano poco soddisfacenti, perché non paiono caratterizzare in modo così marcatamente dissimili i due ambiti di indagine teorica sul diritto. In effetti, chi abbia avuto occasione di confrontarsi con testi, lavori, manuali delle due discipline, avrà avuto modo di constatare che, a ben guardare, non vi sono poi differenze così rimarchevoli tra la teoria generale e la filosofia del diritto. L’una e l’altra non si occupano, in linea di principio, di un singolo sistema giuridico, storicamente determinato; l’una e l’altra riflettono su concetti centrali nella vita professionale dei giuristi, come le nozioni di “norma”, “ordinamento”, “illecito”, “sanzione” etc. Se è vero che è forse più tipico della riflessione giusfilosofica il rapporto tra diritto e morale, è altresì vero che tale riflessione non è di principio esclusa nella teoria generale del diritto, così come l’indagine sui rapporti tra poteri, norme e istituzioni, e che la distinzione tra regole morali e regole giuridiche appare imprescindibile per affrontare percorsi di studio in entrambe le discipline.

La ricerca di una definizione precisa, volta a distinguere in modo netto, una volta per tutte, l’ambito dell’indagine teorico-giuridica da quello più strettamente giusfilosofico, risulterebbe fortemente scoraggiato³, non solo per le considerazioni appena svolte, ma anche sulla base di quest’affermazione autorevole: Bobbio, infatti, sosteneva che «Il cercare una qualsiasi definizione di filosofia del diritto è un’inutile perdita di tempo»⁴.

Senza entrare ulteriormente nel merito dei caratteri peculiari e distintivi della Teoria generale del diritto rispetto alla Filosofia del diritto, per le quali, se estendessimo alla prima le considerazioni che Bobbio, come poco sopra ricordato, ha formulato riguardo alla ricerca della definizione della seconda, apparirebbe opera assai ardua, complicata e forse infruttuosa ostinarsi ad individuare i caratteri propri e distintivi dell’una rispetto all’altra, è tuttavia opportuno precisare che vi sono, per entrambe, almeno due orizzonti teorici, questi sì radicalmente differenti, entro cui collocarle ed entro cui compiere studi e percorsi d’analisi.