

Due variazioni sul tema dell'imperativismo.

Da pag. 23 a 37

Il punto di vista a partire dal quale Bobbio ragiona è quella della "Teoria generale del diritto", una **TEORIA FORMALE** che intende studiare la struttura normativa del fenomeno giuridico.

Questa teoria si iscrive entro l'approccio della filosofia del diritto, ma vanta di una caratteristica peculiare, ossia: si tratta di un approccio non più ermeneutico ma bensì **analitico**, che non affronta la questione del diritto in maniera integrale, ma scompone gli elementi di cui il diritto si costituisce per analizzarli.

Tale approccio intende dunque interrogare il diritto per come esso è, e quindi si propone di comprendere la specificità della **norma giuridica**.

Bobbio concentra infatti la sua analisi sul concetto di norma rilevando che l'elemento prevalente è la sua dimensione coercitiva.

Nel momento in cui si afferma che l'identificazione della norma passi da questa dimensione coercitiva, si parla di un approccio imperativistico, che vede la norma giuridica come un **COMANDO**.

Sebbene questa impostazione sia stata a lungo prevalente, sono apparse teorie che hanno preteso di contestare la validità di questa impostazione, in quanto la definizione del diritto come comando non include tutte le manifestazioni del diritto e a tal fine sono state proposte due teorie anti imperativistiche:

- ✓ **norma giuridica come giudizio ipotetico;**
- ✓ **norma come giudizio di valore.**

Bobbio vuole dimostrare che in realtà queste tre teorie si corrispondono e non sono esclusive, in quanto la teoria imperativistica è parziale e ha quindi bisogno di essere integrata dagli elementi concettuali che traiamo dalle teorie anti imperativistiche.

In seconda battuta vuole dimostrare che il grado di coercitività della norma si manifesta in diversi gradi.

Bobbio non si schiera dalla parte di una sola teoria e sostanzialmente riformula la teoria imperativistica alla luce della considerazione delle altre due teorie.

La teoria anti imperativistica formulata da Kelsen come giudizio ipotetico è capace di includere tutte le norme di cui si compone l'ordinamento.

Dire che la norma giuridica è un giudizio ipotetico, sottolinea che quest'ultima è una proposizione che assume la forma **"se A allora B"**.

Bobbio, elabora tuttavia alcune critiche alla norma di Kelsen, in quanto sebbene Kelsen abbia ragione, quella formulazione di giudizio ipotetico quando viene calata nel mondo del giuridico ha una sua specificità, in quanto la forma "se A allora B" si trasforma in **"se è X, allora deve essere Y"**.

Quello che evidenzia Bobbio è l'idea che comunque questa formulazione in realtà implica un riferimento alla dimensione della doverosità, la quale implica una forma di volontà, che deve volere che il cambiamento posto in essere dal "dover essere" si realizzi.

Quindi le conseguenze giuridiche non sono naturali, ma **ISTITUITE** da una volontà che le metta in atto, cioè il giudice. Perciò il tentativo di Kelsen di superare la prospettiva imperativistica, includendo il diritto alla sola dimensione descrittiva, nasconde un elemento comunque prescrittivo che si manifesta nel fatto che le conseguenze giuridiche non sono *naturali* ma bensì **istituite**.

Dunque, secondo Bobbio la teoria anti imperativistica di Kelsen non si può considerare opposta alla teoria imperativistica, in quanto la differenza tra le due consiste nel fatto che:

la teoria imperativistica della norma come espressione del "tu devi" si presenterebbe come un comando **INCONDIZIONATO**, mentre nella teoria di Kelsen, attraverso la struttura del giudizio ipotetico, le norme giuridiche sono prescrizioni **CONDIZIONATE**. (condizione derivante dal "se")

Bobbio giunge ad una conclusione analizzando anche la teoria che formula la norma come giudizio di valore.

Egli rintraccia in questa formulazione il modo corretto per integrare tutte le manifestazioni del giuridico.

Bobbio afferma la norma debba essere posta secondo la locuzione:

"se è A allora X deve, o può fare B" → quindi ricollega la dimensione condizionata ad una possibilità che implica la costituzione di un **OBBLIGO** o un **POTERE**.

Anche in questa formulazione è presente lo stesso ordine di problema identificato nella formulazione kelseniana, in quanto esiste anche in questo caso un carattere prescrittivo rintracciato nel fatto che questa formulazione identifica il *piano dell'obbligo*.

Conseguentemente secondo Bobbio, proprio perché esiste questa dimensione obbligatoria, si rileva anche una dimensione di comando, in quanto la dimensione obbligatoria è strettamente connessa alla dimensione imperativa.

Bobbio giunge alla conclusione che queste due teorie che pretendono di opporsi alla teoria imperativistica, non sono opposte ad essa in quanto entrambe hanno una dimensione prescrittiva formulata secondo una modalità condizionata, dunque le tre teorie si compensano e si completano.

Bobbio afferma quindi che l'**ELEMENTO PRESCRITTIVO CONDIZIONATO NON E' ELIMINABILE**.

Tuttavia, l'ordine prescrittivo non si manifesta sempre con la medesima intensità, ma a seconda delle norme che consideriamo possiamo rintracciare una dimensione prescrittiva meno vincolante.

Al fine di dimostrare ciò egli fa tre esempi:

- ✓ **NORME PROGRAMMATICHE**: sono meno vincolanti rispetto al numero di soggetti a cui rinviano, perché si rivolgono ad un soggetto specifico, ossia solo al **legislatore**.

Mantengono una dimensione prescrittiva ma limitata ad un singolo soggetto.

- ✓ **NORME DIRETTIVE**: sono disposizioni giuridiche che vincolano il legislatore sul fine da raggiungere e non sugli strumenti che può darsi per raggiungerlo.

Le direttive cambiano l'assetto delle cose e l'adeguamento è vincolato rispetto al fine e non ai mezzi.

- ✓ **RACCOMANDAZIONI INTERNAZIONALI**: qui la dimensione prescrittiva è ancora meno forte in grado.

Non si presentano come *leggi* che intervengono nell'ordinamento, ma sono appunto raccomandazioni. Alla raccomandazione non corrisponde una dimensione sanzionatoria vera e propria.

Bobbio vuole dimostrare che quando si parla di norma, la dimensione prescrittiva è **SEMPRE** presente secondo una modalità condizionatori, ma anche secondo una variazione del grado di cogenza → quindi la *forza obbligatoria* delle norme non è sempre la medesima.

Comandi e consigli

da pag. 38 a 64

Bobbio opera una distinzione tra comando e consiglio in quanto il suo interesse è identificare il carattere della norma. A tal fine egli fa riferimento, in particolare, alla dimensione coercitiva cioè della dimensione obbligatoria del diritto, in quanto intendere la norma giuridica come un comando implica identificare un obbligo nei confronti del soggetto a cui quel comando è rivolto.

Tuttavia questa dimensione Bobbio non la enuncia chiudendo la riflessione alla formulazione della norma come comando, ma afferma ulteriormente che il comando si possa presentare secondo modalità che differiscono per grado: vi è infatti il comando che si manifesta nella sua dimensione coercitiva in modo massimo, e il comando che si manifesta con una cogenza minore, come nel caso delle raccomandazioni coercitive che pur costituendo la forma meno coercitiva rimane nella dimensione giuridica.

Bobbio ritiene che ciò che non entra nella dimensione giuridica è la dimensione del consiglio.

Dunque **comando** e **consiglio** segnano il limite tra ciò che è giuridico e ciò che non lo è più.

Per segnalare i punti attraverso i quali distinguiamo ciò che è un consiglio da ciò che è un comando, Bobbio riconsidera la riflessione proposta da 3 filosofi: Suarez, Hobbes, Thomasius.

Il riferimento a questi filosofi dipende dal fatto che in quel momento storico la riflessione storica si soffermava sull'aspetto del consiglio poiché era il momento del processo di secolarizzazione, in cui il diritto rivendicava l'indipendenza rispetto a tutti gli altri sistemi di regole.

→ Suarez

A partire da Suarez, egli distingue il comando dal consiglio a partire da tre elementi:

- ✓ **SOGGETTO**: il primo riguarda il soggetto che attua o il comando o il consiglio, e afferma che il consiglio proviene da una **persona privata** mentre il comando da un soggetto che ha **autorità**;
- ✓ **FORZA COGENTE**: il secondo elemento riguarda la forza cogente perché afferma che il comando ha una forza cogente che il consiglio non ha;
- ✓ **DESTINATARIO**: il terzo elemento rinvia al soggetto destinatario del comando o del consiglio poiché mentre nel:

COMANDO → soggetto destinatario dovrà adeguarsi a quanto detto; **CONSIGLIO** → potrà eventualmente distaccarsi;

→ Hobbes

ci dà una rappresentazione più articolata partendo sempre da tre elementi.

✓ **VOLONTÀ'**: il primo elemento riguarda la volontà, in quanto appunto ci dice che:

→ nel **comando** l'adeguamento della condotta rispetto quanto è comandato rinvia alla volontà del soggetto che attua il comando;

→ nel **consiglio** l'adeguamento della condotta rinvia alla volontà del soggetto consigliato;

✓ **FORZA COGENTE**: presente nel comando, assente nel consiglio;

✓ **SCOPO**: il comando è dato dall'interesse del comandante;

il consiglio è dato per l'interesse del consigliato.

Inoltre, dal punto di vista del soggetto che lo riceve il **comando** è un **OBBLIGO**;

mentre dal punto di vista del soggetto che lo esegue il **consiglio** è una **FACOLTA'**.

→ Thomasius

procede nella distinzione per descrivere la specificità della dimensione del giuridico: quindi egli distingue la **legge naturale** che è un **consiglio**, dalla **legge positiva** che è un **comando**.

→ Il **consiglio**

- rinvia all'interesse di chi lo riceve;
- dato solo se richiesto;
- vantaggi o svantaggi sono una conseguenza naturale dell'agire;
- obbligazione che fa sorgere il consiglio è **INTERNA**.

→ il **comando**

- ha l'utilità di chi obbedisce;
- prescinde dalla volontà del comandato;
- vantaggi o svantaggi sono conseguenze determinate dalla volontà di chi attua il comando;
- l'obbligazione che fa sorgere il comando è **ESTERNA**.

Considerando queste tre riflessioni, identifichiamo la distinzione a seconda che si riferiscano al:

- **soggetto attivo**;
- **soggetto passivo**;
- alla **ragione di obbedienza**;
- al **fine**;

→ alle **conseguenze**.

Rispetto al **SOGGETTO ATTIVO**, l'elemento distintivo della norma è l'**'AUTORITA'**.

Ciò che identifica il diritto è il soggetto che lo enuncia.

il soggetto attivo del **comando** impone la sua volontà, a prescindere dalla nostra;

il soggetto attivo del **consiglio** non impone la sua volontà, per converso non necessita questo riferimento all'autorità, in quanto è il soggetto passivo che riconosce qualcosa a cui attenersi.

Rispetto al **SOGGETTO PASSIVO**, l'elemento distintivo è la **MODALITÀ PASSIVA** del soggetto nel comando, e la **MODALITÀ ATTIVA** nel consiglio.

La determinazione all'agire è identificata dall'**obbligo esterno** nel *comando*, mentre nel *consiglio* la determinazione ad agire procede da una **riflessione interna**.

Quindi c'è uno specifico rapporto in ordine alla **RESPONSABILITÀ**.

Il soggetto passivo del **comando** non ha alcuna responsabilità dell'adempimento del comando, mentre nel **consiglio** la responsabilità cade pienamente in capo al soggetto passivo.

Inoltre vi è anche una rappresentazione in ordine alla dimensione del **CONSENSO**: il soggetto in quanto passivo non dovrà dare consenso al consiglio, nel comando sì.

Bobbio si sofferma su un elemento posto da Hobbes, che rinviava la distinzione tra comando e consiglio al **FINE**.

Il fine dell'adempimento secondo **Hobbes**:

il comando è un vantaggio per il soggetto comandante mentre il consiglio è formulato a vantaggio di chi lo riceve.

Bobbio evidenzia che non è solo l'interesse del comandante che muove i comandi, ma sono mossi dall'interesse di tutti.

Rispetto alle **CONSEGUENZE DI INADEMPIMENTO**: se non adempio al **comando** c'è la sanzione, nel **consiglio** invece non c'è una sanzione.

Il **comando** prevede una sanzione certa, prestabilita in caso di inadempimento; in questo caso si parla di **sanzione istituita**.

Il **consiglio** implica una conseguenza incerta e che non dipende dal soggetto che ha attuato il consiglio; in questo caso si parla di **sanzione naturale**.

• **DISTINZIONE TRA COMANDI ED ESORTAZIONI & VALENZA DEI CONSIGLI NEL DIRITTO**

1.

Consigli ed esortazioni non sono la stessa cosa, in quanto anche nei consigli possiamo rintracciare la stessa differenza di grado che vi sono nei comandi: ci sono cioè consigli che si manifestano con una vis particolarmente forte e queste sono le **ESORTAZIONI**.

2.

Per quanto riguarda la valenza dei consigli nel diritto, quest'ultimi non sono materia giuridica.

Tuttavia, rintracciamo nella dimensione del giuridico elemento che sembrano corrispondere alle caratteristiche proprie dei consigli: cioè formulazioni che pur indicando la modalità con la quale determinare il proprio comportamento non riconnettono a queste determinazioni alcuna dimensione sanzionatoria e rispetto a questa ipotesi Bobbio segnala i

PARERI.

I pareri sono specifiche richieste che si fanno a soggetti specializzati in una determinata materia.

I pareri **non sono vincolanti** perché non possono essere considerati alla stregua di un principio legislativo, ma in virtù agli elementi conoscitivi quel parere esprime una certa forza.

Il parere è quella forma di consiglio che riesce ad accedere ad una propria dimensione giuridica.

Possiamo quindi concludere che così come le raccomandazioni sono l'estremo più basso della manifestazione di un comando, il parere è la manifestazione più elevata del consiglio e per questa ragione entrambe le distinzioni si trovano sul limite della distinzione tra comandi e consigli.

Sul principio di legittimità

da pag. 65 a 77

Bobbio concentra la sua analisi sul concetto di norma al fine di rispondere alla seguente domanda ossia: *come deve essere una norma?*

Bobbio afferma che la norma deve essere **GIUSTA**: al fine di comprendere questa risposta egli analizza il **principio di legittimità** la cui comprensione è data dal bisogno di considerare tale principio sia nella sua dimensione di attributo del potere sia di attributo della norma.

Il suo intento è quindi quello di dimostrare la non disgiungibilità tra i due approcci.

Innanzitutto, Bobbio distingue la legittimità dalla legalità:

la legittimità è un *attributo del potere*, cioè generalmente identifichiamo una caratteristica del potere: sarà legittima quella disposizione emanata da chi ha la titolarità di un potere legittimo.

Per definire la modalità per la quale il potere si esercita occorre evocare il **principio di legalità**.

Principio di legalità è diverso da legittimità in quanto, dal punto di vista del potere la legittimità indica la titolarità del potere di fare e non fare, mentre la legalità indica i limiti stabiliti dal potere.

Questo modo di intendere ha determinato tre modalità di darsi una società, la società può organizzare le sue relazioni affermando che legittimità e legalità siano insieme:

- I. *Necessarie e sufficienti*
- II. *Sufficienti ma non necessarie*
- III. *Necessarie ma non sufficienti.*

Posto che per comprendere se una determinata azione è conforme o meno alla disposizione di legge, dobbiamo

verificare la presenza di queste due condizioni (necessarie e sufficienti, sufficienti ma non necessarie) possiamo ritenere che siano necessarie ma non sufficienti cioè:

che sia necessario verificare che ci sia legalità, ma che quest'ultima non basti per affermare che quell'azione sia conforme.

Dunque, è necessario che sia presente anche la legittimità e viceversa.

Le due condizioni singolarmente considerate sono *necessarie ma non sufficienti*.

Seconda ipotesi, è sufficiente che sia o legale o legittima, e quindi non è necessario che ci sia l'altro aspetto.

Terza ipotesi per la quale i requisiti sono insieme *necessari e sufficienti* cioè: per qualificare la concordanza del comportamento rispetto alla norma se c'è la legalità c'è anche la legittimità e viceversa.

Possiamo rintracciare due formulazioni di teorici della politica che hanno inciso nella riflessione teorica: Hobbes e Weber.

Considerando **Hobbes** nella sua impostazione la legittimità assorbe in se stessa anche la legalità → il Leviatano in quanto legittimato dal consenso dei consociati potrà stabilire ciò che vuole, si parla di una teoria riduzionistica in quanto la legalità viene ricondotta entro il principio della legittimità.

Considerando **Weber**, di impostazione diversa, secondo cui la legalità è il principio primo che fa conseguire anche la legittimità.

Quindi se identifichiamo una procedura e ci atteniamo ad essa, tutto ciò che essa farà venire in essere come diritto sarà considerabile perciò stesso legittimo.

Dal punto di vista della teoria del potere, la riflessione sul principio di legalità e legittimità viene ricondotta a queste tre declinazioni.

Tuttavia, rispetto a questa presentazione emerge che questi elementi non bastano per garantire che una certa disposizione sia anche giusta, in quanto potrebbe accadere che un contenuto di ingiustizia abbia assunto una forma giuridica e perciò sia rimasto un contenuto ingiusto.

Secondo Bobbio, dunque, la riflessione sul principio di legittimità deve articolarsi con la riflessione dal punto di vista della teoria della norma cioè: non basta che il potere sia legittimo e legale occorre che le *norme siano giuste e valide*. Vi è dunque un'interdipendenza tra teoria della norma e teoria del diritto.

Questi approcci elaborano concetti che si corrispondono:

possiamo partire dalla teoria del potere o dalla teoria della norma.

Nel primo caso la legalità del potere presuppone la validità della norma, cioè le norme valide sono quelle che corrispondono a un potere legale.

Se l'iter previsto dalla norma è stato esperito correttamente allora il potere è legittimo, il quale presuppone la giustizia e quindi emana norme giuste.

Nel secondo caso una norma è giusta quando ha elaborato un contenuto di giustizia.

Queste 2 differenti teorie sono legate tra loro attraverso un **CHIASMA**

→ si dispongono su una **X**: da un lato della X ci sono la legittimità e la legalità e dall'altro vi è la validità e la giustizia:

Possiamo partire da qualsiasi elemento ma incontreremo sempre l'interdipendenza della norma e del potere.

La **GRUNDNORM** è un concetto elaborato da Hans Kelsen, il quale basa la sua riflessione sulla presenza di una norma fondamentale, presupposta e dunque priva di contenuto specifico, che fonda l'ordinamento giuridico, necessaria per mantenere la stabilità all'interno di una società.

Kelsen in particolare si riferisce alla teoria generale della norma e non alla teoria del potere, in quanto ricondurre il fondamento dell'ordinamento giuridico

al potere avrebbe causato solo arbitrio.

Bobbio fa riferimento alla grundnorm al fine di dimostrare l'inefficienza di un approccio univoco, come Kelsen fece.

Egli rileva come la norma fondamentale elaborata da Kelsen non sia ciò che fonda l'ordinamento, ma rinvii al piano dell'effettività del potere che riguarda la dimensione per cui il potere riesce a giungere alla finalità che si è posto, e dell'efficacia della norma che risulta efficace nel momento in cui viene osservata ed eseguita.

Bobbio ritiene che in una società giusta, per potere regnare l'equilibrio e l'ordine sociale, è necessario che siano presenti entrambe le teorie.

Egli afferma che dal punto di vista della teoria del potere: un potere per essere giuridico deve essere **LEGITTIMO**, **LEGALE** ed **EFFETTIVO** (seguito);

mentre dal punto di vista della teoria della norma: una norma deve essere **GIUSTA**, **VALIDA** ed **EFFICACE**.

Bobbio vuole dimostrare che vi è una circolarità inevitabile tra rappresentazione dell'ordinamento giuridico come manifestazione di potere e come dimensione puramente normativa; circolarità per la quale una norma giuridica giusta, valida ed efficace implica la relazione con un potere che è legittimo, legale, effettivo.

Infatti:

dal punto di vista della teoria del potere, Bobbio ritiene che non possa essere considerato il carattere dell'effettività e della legalità e legittimità in modo alternativo perché questi caratteri si richiamano a vicenda:

in quanto un potere che è stato esercitato secondo le modalità previste vuol dire che riesce ad essere effettivo, e se è effettivo allora è legale;

mentre dal punto di vista della teoria della norma, legalità ed effettività e così come efficacia e validità sono correlate strettamente tra di loro, e ugualmente efficacia ed effettività sono correlate con l'idea di legittimità e giustizia, in quanto una norma che è legittima è tale nella misura in cui esprime un contenuto di giustizia e ciò implicherà che essa sarà seguita, in quanto giusta e valida: se essa non viene seguita, quella prescrizione non riuscirebbe a realizzare l'obiettivo per cui è posto in essere.

