

Carla Faralli *(a cura di)*

Argomenti di teoria del diritto

Seconda edizione

ethos / nomos



G. Giappichelli Editore

Carla Faralli

Introduzione

Un excursus storico da Adolf Merkel ad oggi ¹

SOMMARIO: 1. La nascita della teoria (generale) del diritto. – 2. La rielaborazione di Hans Kelsen. – 3. Teoria del diritto e filosofia analitica. – 4. La teoria del diritto realista. – 5. La teoria del diritto oggi.

1. La nascita della teoria (generale) del diritto

L'atto di nascita della teoria del diritto è unanimemente individuato nell'articolo del 1874 del giurista tedesco Adolf Merkel (1836–1896) dal titolo *Sul rapporto tra filosofia del diritto e scienza positiva del diritto*, nel quale veniva sostenuta la tesi che non c'è filosofia del diritto se non del diritto positivo e che perciò filosofia del diritto e teoria generale del diritto coincidono. Con tale ultima definizione Merkel intendeva la determinazione e la sistematizzazione dei concetti giuridici fondamentali ricavati mediante l'analisi dei principi generali delle diverse branche di un ordinamento giuridico positivo.

La teoria di cui Merkel è riconosciuto il fondatore rappresenta il punto di approdo nel clima filosofico del positivismo di alcuni orientamenti della cultura giuridica del primo Ottocento quali la giurisprudenza post-kantiana, la Pandettistica, e l'*analytical jurisprudence* di John Austin.

¹ Per approfondimenti rinvio a G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, Vol. 3, *Ottocento e Novecento*, nuova edizione aggiornata, a cura di C. FARALLI, Laterza, Roma-Bari, 2020.

In Germania i giuristi post-kantiani – in particolare Georg Arnold Heise (1778–1851) e Karl Salomo Zachariae (1769–1843) – si erano cimentati in elaborazioni razionali del diritto positivo, assumendo tale diritto come elemento empirico da ordinare nelle forme a priori della ragione secondo il procedimento della scienza teorizzato da Kant nella *Critica della ragion pura*.

La ricerca della connessione e della concatenazione logica dei concetti caratterizza anche la Pandettistica, nata nel seno della scuola storica, che attraverso il suo più noto rappresentante, Bernhard Windscheid (1817–1892), propugnava una scienza giuridica costituita da una genealogia di concetti.

In Inghilterra John Austin (1790–1859), riprendendo un'idea di Jeremy Bentham, che aveva parlato di una *jurisprudence* universale riguardante i concetti relativi a tutti gli ordinamenti giuridici, era pervenuto all'elaborazione dell'*analytical jurisprudence*, intesa come teoria del diritto positivo in generale, ovvero studio dei concetti giuridici astratti dai vari ordinamenti positivi attraverso un metodo storico-comparatistico.

Tale metodo caratterizza l'elaborazione di Austin rispetto ai giuristi post-kantiani, ai pandettisti, e allo stesso Merkel. Infatti a differenza di questi, che adottavano un metodo logico-formale, Austin perviene alla costruzione di un sistema di concetti attraverso la comparazione di ordinamenti giuridici positivi diversi nello spazio e nel tempo.

Tutti questi fermenti giunsero a maturazione nella seconda metà dell'Ottocento in Germania nel clima del positivismo filosofico che si manifestò nei vari paesi in forme e declinazioni diverse, ma accomunati dal metodo, un metodo che, rifiutando ogni metafisica, intendeva fondarsi sui fatti “positivi” conosciuti per mezzo dell'osservazione e dell'esperimento per giungere a una conoscenza generale.

Merkel e gli altri esponenti dell'*allgemeine Rechtslehre* pensavano che una teoria formale delle norme positive (nel senso di poste) potesse costituire un sistema razionale analogo a quello delle scienze della natura e realizzare una scienza del diritto, che è sempre stato il sogno ricorrente dei giuristi.

In tal modo si allontanavano però dall'idea di scienza propria del positivismo filosofico, vale a dire una scienza empirica, di fatti

positivi, nel senso di concreti (rappresentata nell'ambito del diritto dalla sociologia giuridica) ed elaborarono una scienza di norme positive nel senso di poste dalla volontà del legislatore (caratteristica del positivismo giuridico).

Come sosteneva Rudolf von Jhering (1818–1892), iniziatore della “giurisprudenza dei concetti”, dalla quale poi si staccò, bisognava ricavare un sistema di concetti con un procedimento di analisi e successiva sintesi analogo a quello della chimica, vale a dire agire sulla “materia prima giuridica” facendola “evaporare in concetti” fino a darle “la forma di un corpo giuridico” logicamente coerente.

La teoria generale del diritto (*allgemeine Rechtslehre*) – che della giurisprudenza dei concetti rappresenta l'espressione più elaborata e ambiziosa – portò a un grande raffinamento degli strumenti della scienza giuridica e all'elaborazione di quei concetti che sono tutt'ora fondamentali nello studio del diritto (norma, diritto soggettivo, persona giuridica, obbligo, negozio giuridico, ecc.) e alla determinazione dei cosiddetti “caratteri differenziali del diritto”. Con tale ultima espressione venivano intesi i caratteri essenziali, le caratteristiche che distinguono le norme giuridiche da altri tipi di norme (le norme morali, le norme sociali, ad esempio) e che venivano individuati – pur con qualche differenza nei vari autori – nella statualità, nell'imperatività, nella bilateralità, nell'astrattezza, nella generalità, nella coercibilità, e nella certezza.

La statualità e l'imperatività sono considerate le caratteristiche per eccellenza delle norme giuridiche in un periodo, quello successivo alle codificazioni, in cui i giuristi si misurano con quel complesso fenomeno della formazione dello Stato moderno che è la monopolizzazione del potere di produzione giuridica da parte dello Stato.

Solo qualche voce isolata sostiene che non solo lo Stato ma qualunque gruppo sociale possa produrre diritto (ad esempio August Thon ed Ernst Rudolf Bierling) oppure che la norma giuridica non sia un comando ma un giudizio logico, ovvero un giudizio ipotetico generale del tipo “se si determina una certa situazione di fatto avrà luogo una conseguenza, la sanzione” (ad esempio Ernst Zitelmann).

2. La rielaborazione di Hans Kelsen

Le critiche dell'antiformalismo di fine Ottocento e inizio Novecento mettono in discussione alcuni degli assunti principali della teoria generale del diritto sopra delineata a partire proprio dall'identificazione della statualità e dell'imperatività quali caratteri essenziali delle norme giuridiche.

Di fronte alla crisi dello Stato moderno accentratore e alla tendenza dei gruppi sociali a costituirsi in cerchie giuridiche indipendenti, con sempre maggiore insistenza si fa strada la tesi della pluralità degli ordinamenti giuridici. «A torto oggi si crede da molti – scrive Eugen Ehrlich, uno dei più illustri rappresentanti dell'antiformalismo tedesco – che tutto il diritto venga prodotto dallo Stato con le sue leggi; la più gran parte del diritto trae immediatamente origine dalla società, in quanto esso è interno ordinamento dei rapporti sociali, e non è mai stato ridotto a norme giuridiche»².

L'affermarsi in ambito filosofico del neopositivismo logico poi aveva portato nuovi argomenti contro la teoria imperativistica, sostituendo alla nozione di norma come comando quella di proposizione prescrittiva.

L'ampia revisione che si aprì all'interno della teoria del diritto trova in Hans Kelsen (1881–1973) l'interprete più noto e raffinato. Il giurista austriaco così definisce le linee programmatiche della sua "dottrina pura del diritto":

è una dottrina del diritto positivo; è una teoria generale del diritto e non un'esposizione o un'interpretazione di un ordinamento giuridico particolare. Per mezzo della comparazione di tutti i fenomeni che vanno sotto il nome di diritto, essa cerca di scoprire la natura del diritto stesso, di determinare la sua struttura e le sue forme tipiche indipendentemente dal contenuto variabile che presenta in epoche diverse e fra diversi popoli. In questo modo essa cerca di determinare i principi fondamentali nei quali

² E. EHRLICH, *La sociologia del diritto*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 1922, p. 102.

può essere compreso qualsiasi ordinamento giuridico. Come teoria il suo unico fine è quello di conoscere il suo oggetto. Essa risponde alla domanda che cosa è il diritto, non già a quella che cosa il diritto deve essere. Quest'ultima è una domanda di politica, e invece la dottrina pura del diritto è scienza ³.

Le norme giuridiche per Kelsen non sono comandi ma giudizi ipotetici che enunciano che, dato un evento A (l'illecito), ad esso deve seguire un evento B (la sanzione): se c'è A, l'illecito, allora deve essere B, la sanzione (principio di imputazione).

A differenza del principio di causalità (se c'è A c'è B), che esprime un rapporto oggettivo e immanente tra due accadimenti, il principio di imputazione assume un fatto come condizione e un altro come conseguenza, connettendo il secondo al primo. Ma la relazione tra tali fatti non è in natura, appare solo alla luce di una norma che funge da schema qualificativo e interpretativo dei fatti assunti come condizione e come conseguenza. Ciò che caratterizza le norme giuridiche rispetto ad altri tipi di norme è la sanzione, che rappresenta l'elemento interno della norma giuridica, suo contenuto specifico e qualificante. Alla luce di ciò Kelsen chiama "primaria" la norma (comunemente detta secondaria) che enuncia la sanzione come conseguenza di un dato comportamento e "secondaria" (comunemente detta primaria) quella che prescrive ai soggetti un determinato comportamento.

Così pure il diritto soggettivo è ricondotto alla sanzione: esso non è concepito come avente realtà prima della norma positiva o al di fuori di essa, e neppure come facoltà o potere attribuito da una norma a un soggetto, ma come la possibilità giuridica di provocare la sanzione. Titolare di un diritto soggettivo, per Kelsen, è «l'individuo la cui manifestazione di volontà diretta alla sanzione – cioè la sua azione in giudizio – è condizione della sanzione».

Kelsen non si limita allo studio della norma (che egli definisce nomostatica), come avevano fatto gli esponenti della *allgemeine Rechtslehre*, ma amplia l'indagine ai rapporti tra le norme (che egli

³ H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto e la giurisprudenza analitica*, in appendice a ID., *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1967, p. 173.

definisce nomodinamica), convinto che «il diritto è un ordinamento del comportamento umano. Un ordinamento è un insieme di norme». Kelsen distingue tra sistemi statici e sistemi dinamici: sistemi statici sono quelli in cui le norme sono collegate tra loro in relazione ai loro contenuti, vale a dire per il fatto che si deducono le une dalle altre, partendo da una o più norme di carattere generale. Sistemi dinamici sono quelli in cui le norme sono collegate tra loro in base ad un criterio formale, cioè derivano le une dalle altre attraverso successive delegazioni di potere.

L'ordinamento giuridico – esempio tipico di ordinamento dinamico – consta di norme di condotta (che prescrivono determinati comportamenti) e di norme di competenza (che prescrivono chi e con quali formalità può e deve emanare norme). Ne deriva che l'ordinamento giuridico ha una struttura piramidale a gradini: alla base trovano posto le cosiddette norme individuali (atti amministrativi e giurisdizionali) che derivano la loro validità da una norma superiore, la quale, a sua volta, è valida perché posta in essere da organi cui un'altra norma ancora superiore attribuisce tale potere e così via.

All'apice la norma fondamentale (*Grundnorm*) che costituisce il fondamento di validità di tutto il sistema di norme che compongono un ordinamento giuridico. Tale norma, dapprima definita «presupposto logico trascendentale», nelle opere più tarde viene riferita «ad una costituzione che sia effettivamente statuita ed efficace. Una costituzione è efficace quando le norme prodotte in conformità alle sue disposizioni sono applicate e seguite nelle loro grandi linee».

La teoria kelseniana, che costituisce la formulazione più rigorosa di una teoria formale del diritto – nel senso che studia il diritto nella sua struttura normativa, vale a dire nella sua forma, indipendentemente dai valori cui questa struttura serve e dai contenuti che racchiude –, ne mette però a nudo anche i limiti. Per costruire un sistema logico coerente, il fenomeno giuridico viene ridotto ad un unico oggetto, la norma, considerata nel solo aspetto della sua validità formale e nelle sue connessioni, prescindendo da tutti gli altri profili.

3. Teoria del diritto e filosofia analitica

La teoria del diritto trovò nuovi fondamenti e nuovi elementi di sviluppo nella filosofia analitica che, come è noto, ritiene che il compito essenziale della filosofia sia la chiarificazione di ogni tipo di linguaggio (non solo di quello scientifico come sostenuto dal primo neopositivismo). La scienza viene intesa come un sistema di proposizioni che, sviluppandosi da proposizioni iniziali secondo regole di trasformazione, le une e le altre esattamente definite, procede in coerenza con esse. Il carattere essenziale della scienza non è quindi la sua verità assoluta, ma il rigore del suo procedimento.

Questo approccio, che aveva in parte già interessato Kelsen, influenzò molto profondamente i giuristi (vedremo in particolare Herbert L.A. Hart in Inghilterra e Norberto Bobbio in Italia), che tentano di fondare in modo nuovo la scientificità della giurisprudenza.

Hart (1907–1992), docente ad Oxford, uno dei centri maggiori della filosofia analitica, muove criticamente dall'*analytical jurisprudence* di John Austin e, in consonanza con Kelsen, sostituisce alla nozione austiniana di diritto come comando coattivo la nozione di norma. Avvalendosi degli strumenti dell'analisi del linguaggio, Hart argomenta che il comando richiede un appropriato rapporto tra chi comanda e il destinatario del comando e, inoltre, che il comando ha un carattere episodico legato a una situazione di superiorità tra chi lo emana e chi lo riceve. Tutti caratteri che la norma giuridica non ha: essa infatti non presuppone un rapporto diretto tra chi comanda e chi è comandato, ma è generale; non ha carattere episodico, bensì permanente; non poggia su una posizione di superiorità di chi comanda, bensì deve la sua efficacia alla disposizione di abituale obbedienza dei consociati al diritto.

Come Kelsen, anche Hart ritiene che il diritto sia un ordinamento di norme, ovvero l'unione di due tipi di norme: le primarie, che impongono obblighi, e le secondarie, che attribuiscono poteri. Nella combinazione di questi due tipi di norme Hart ritiene che stia quella "chiave della scienza del diritto" che Austin aveva individuato nella nozione di comando coattivo: l'esistenza di sole norme primarie, ossia di comandi posti da un'autorità sovrana, non varrebbe ad istituire un ordinamento giuridico, perché questo possa esservi occorre che si

verifichi una situazione sociale più complessa in cui, per l'individuazione delle norme primarie che impongono obblighi, sia accettata una norma di riconoscimento (*rule of recognition*).

Tale norma, che esercita una funzione analoga a quella della norma fondamentale di Kelsen, non è però presupposto logico trascendentale della validità dell'ordinamento, ma un fatto empirico. Essa non è neppure una vera e propria norma: nella maggior parte dei casi non viene dichiarata, ma la sua esistenza è rivelata nel modo in cui vengono individuate le norme particolari sia da parte degli organi pubblici sia da parte dei privati; in altre parole essa è implicita nell'attività giuridica effettiva; è cioè costituita dal fatto che autorità e cittadini attribuiscono validità a determinate norme ⁴.

Negli stessi anni in Italia, nel clima del primo dopoguerra ancora dominato sul versante filosofico dall'idealismo e su quello giuridico dal positivismo giuridico di matrice tedesca, Bobbio (1909–2004) è impegnato a far conoscere i nuovi orientamenti maturati d'oltralpe sia sotto il profilo filosofico (in particolare il neopositivismo e la filosofia analitica) sia sotto il profilo giuridico (il kelsenismo).

A partire da uno scritto del 1950, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio* ⁵ – che assunse per gli studi giuridici italiani il valore di un manifesto programmatico –, seguito da alcuni corsi universitari, in particolare *Teoria della norma giuridica* del 1958 e *Teoria dell'ordinamento giuridico* del 1960 ⁶, Bobbio propone una sorta di innesto tra teoria del diritto di stampo kelseniano e filosofia analitica. Il punto di convergenza era individuato nel fatto che, da un lato, la teoria kelseniana si presentava come metodo valutativo e scientifico di studio del diritto, volto alla costruzione di una scienza giuridica “purificata” da implicazioni ideologiche, e, dall'altro, la filosofia analitica affermava la necessità di una ricerca non volta ai valori ultimi ma limitata a dare chiarezza e rigore ad ogni tipo di linguaggio.

⁴ L'opera fondamentale di H.L.A. HART è *The Concept of Law*, Clarendon, London, 1961 (traduzione italiana a cura di M.A. CATTANEO, *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 1965). Seconda edizione con Postscript, 1994.

⁵ In “Rivista trimestrale di diritto e procedura civile”, 1950, pp. 342-367.

⁶ Entrambi raccolti in N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino, 1993.

L'opera del giurista può avere carattere scientifico in quanto sia diretta a conferire rigore al linguaggio del legislatore col chiarirne le proposizioni iniziali (le norme), definirne e completarne le regole di trasformazione, ed ordinarlo in sistema coerente. Il tipo di scienza in grado di assumere tale forma viene indicato da Bobbio nella teoria generale rielaborata da Kelsen.

Ma proprio l'innesto della filosofia analitica nella teoria kelseniana – che in Italia ha dato vita ad una scuola molto apprezzata, la scuola analitica nordoccidentale di filosofia e teoria generale del diritto – ha portato alla luce le difficoltà e l'insufficienza di una teoria meramente strutturale del diritto.

In primo luogo – come Bobbio rileva – essa non è affatto avalutativa. Infatti la validità di una norma implica la sua obbligatorietà nel senso che comporta che tale norma, attraverso una scelta di valore, venga assunta come criterio guida del comportamento: dal piano descrittivo si passa a quello prescrittivo, e non può esserci scienza laddove sono implicati dei valori di cui non può darsi conoscenza oggettiva.

In secondo luogo l'approccio meramente strutturale, come già emerso in Kelsen e con maggiore evidenza in Hart, porta Bobbio a riconoscere l'esigenza di un'analisi funzionale da affiancare alla teoria formale: il diritto non è un sistema chiuso e indipendente, bensì un sottosistema all'interno del sistema sociale complessivo, che sta accanto e in parte si sovrappone e in parte si contrappone ad altri sottosistemi (economico, culturale, politico...), e ciò che lo distingue è la funzione ⁷.

4. La teoria del diritto realista

Gli antiformalisti di fine Ottocento e inizio Novecento, come si è detto, avevano messo in crisi alcuni assunti della teoria del diritto positivista ed erano spesso pervenuti a ridurre il diritto ai meri comportamenti dei consociati o dei giudici, ma non ave-

⁷ Questa evoluzione del pensiero bobbiano è ben documentata dai saggi raccolti in N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione*, Comunità, Milano, 1977.

vano elaborato una teoria alternativa, che verrà invece formulata nell'ambito del realismo scandinavo in particolare da Karl Olivecrona (1897–1980).

Il giurista svedese, riprendendo alcune intuizioni del suo maestro, Axel Hägerström, critica sia il giusnaturalismo sia il positivismo giuridico: a quest'ultimo rimprovera di aver continuato ad usare nozioni metafisiche, prima fra tutte quella di volontà, e, conseguentemente, nonostante le pretese, di non essere riuscito a costruire una teoria scientifica del diritto.

Ponendosi in una prospettiva analitico-linguistica, Olivecrona sostiene che il linguaggio giuridico è un linguaggio direttivo: esso fa uso di termini (ad esempio diritto soggettivo, dovere, o simili) che non hanno alcun referente semantico, nel senso che non esiste alcun fenomeno nel mondo spazio-temporale corrispondente a tali locuzioni. Tuttavia questi termini funzionano come “cartelli indicatori” ai quali la gente è stata educata ad associare idee sul proprio e sull'altrui comportamento.

Ad esempio, il concetto di diritto soggettivo sfugge a qualsiasi tentativo di individuare la realtà corrispondente; tuttavia si tratta di un concetto operativo, perché in base ad esso avvengono modificazioni delle situazioni concrete dei soggetti e dei loro comportamenti.

Esso esplica una funzione segnica pressoché insostituibile, in quanto serve da segno permissivo nei confronti del titolare di tale diritto e da segno proibitivo nei confronti di tutti gli altri soggetti. Il titolare del diritto può cioè tenere nei confronti di un dato bene un certo comportamento o una pluralità di comportamenti che sono invece vietati a tutti gli altri consociati.

Per svolgere una funzione segnica direttiva del tipo descritto non è necessario che un vocabolo abbia un preciso referente semantico: quello che importa è che la gente sia abituata a recepire in maniera uniforme e costante un certo segno e che esso sia usato secondo regole comunemente accettate.

Le norme non sono dei comandi, bensì “imperativi indipendenti”, ossia rappresentazioni di modelli di comportamento espressi in forma imperativa. Un comando infatti implica un rapporto diretto tra chi comanda e chi obbedisce, una relazione di subordinazione tra i due, ed è episodico, mentre le norme sono comandi “spersonalizzati”, nel senso che chi comanda è un'entità astratta, il legisla-

tore, e chi è comandato la generalità dei consociati, e valgono nel tempo fino a che non vengono modificate. L'impulso di costrizione a compiere una data azione prevista dalla norma è proiettato al di fuori del soggetto, come consapevolezza di un dovere oggettivamente esistente.

Il diritto è un insieme di norme che esercitano un potere vincolante sui membri di una comunità: tali norme identificano cioè certe situazioni desiderate che vengono formulate mediante la forma imperativa, perché questa serve a suscitare nel destinatario un'abitudine ad agire in modo conforme.

Norma valida è la norma che è sentita come socialmente vincolante ed è osservata da un determinato gruppo sociale, particolarmente dai giudici, ma le norme non si identificano col comportamento con cui vengono attuate. La norma giuridica valida è la causa, i comportamenti dei destinatari gli effetti.

Le norme non sono l'espressione di una volontà superiore bensì la risultante di un complesso gioco di forze sociali, ovvero le norme non sono create da un potere di fatto, ma sono le norme che creano il potere. Le norme che regolano l'esercizio del potere (norme costituzionali) costituiscono il fondamento del potere di determinate persone: i legislatori emanano leggi che vengono osservate, i giudici pronunciano sentenze che vengono applicate, perché sono legislatori e giudici secondo la costituzione che, a sua volta, viene osservata per ragioni storiche, psicologiche, e sociali.

La teoria del diritto delineata da Olivecrona⁸ è una teoria realista-normativista: il diritto viene considerato un fatto, ossia un meccanismo sociale, una realtà socio-psicologica; le norme, come si è detto, sono effettivamente seguite perché sono sperimentate e sentite come socialmente vincolanti in primo luogo dai giudici. La norma

⁸ Tale teoria ha il suo momento conclusivo nella seconda edizione di *Law as Fact*, Steven & Sons, London, 1971, tradotta in italiano a cura di E. Pattaro col titolo *La struttura dell'ordinamento giuridico*, Etas-Kompass, Milano, 1972, per distinguerla dalla prima edizione del 1939 (*Law as Fact*, Oxford University Press, tradotta in italiano a cura di S. Castignone col titolo *Il diritto come fatto*, Giuffrè, Milano, 1967). Olivecrona dichiara di aver voluto mantenere in inglese lo stesso titolo, pur trattandosi di un nuovo testo, per indicare come le direttrici fondamentali del tipo di approccio allo studio del diritto siano rimaste nel tempo le stesse.

non è valida se non è efficace, ma per essere efficace deve essere sentita come socialmente vincolante. Attraverso questo elemento psicologico (il senso di obbligatorietà) avviene il recupero dell'elemento normativo, caratteristica del realismo scandinavo.

Dopo aver dimostrato che le nozioni giuridiche correnti non sono scientifiche, Olivecrona, utilizzando gli sviluppi della filosofia analitica relativi alle funzioni del linguaggio, le recupera in chiave di linguaggio direttivo. Le nozioni di "norma", "diritto soggettivo", "obbligo", e simili non appartengono ad una realtà diversa e distinta da quella sociale, empirica, e in essa svolgono una funzione segnica e direttiva. Il linguaggio giuridico, conclude Olivecrona, non è descrittivo, ha una funzione direttiva: è un linguaggio capace di influenzare il comportamento e serve come strumento di controllo sociale... le sue parole vuote funzionano come segnali a cui abitualmente si associa un certo comportamento solo se vengono usati secondo regole comunemente accettate.

5. La teoria del diritto oggi

La teoria del diritto, come si è visto, nasce con Merkel e viene presentata come la sola conoscenza filosofica del diritto: riducendo tutto il diritto a diritto positivo, ed applicando ad esso il metodo generalizzante, la teoria del diritto apparve essere la scienza suprema del diritto, destinata a soppiantare la filosofia del diritto in quanto essa stessa filosofia del diritto positivo.

Nel corso della prima metà del Novecento, col superamento della concezione statalista e imperativista del diritto e il processo di costituzionalizzazione degli Stati, si fa strada la consapevolezza che il diritto sia una realtà complessa non riducibile alle norme formalmente valide. Kelsen stesso non nega che nel diritto entrino aspetti politici, sociologici, ideologici, fattuali, ma sostiene che l'elemento caratterizzante del diritto sia quello normativo, e che centrando l'attenzione su di esso il giurista possa elaborare una teoria (pura) del diritto. Tuttavia un simile riduzionismo "mutila" il diritto di una serie di elementi essenziali al fenomeno giuridico. Una simile constatazione

aveva portato, come si è accennato, Bobbio a riconoscere l'esigenza di una teoria funzionale da affiancare a quella formale.

Riprendendo e rielaborando la distinzione dei compiti della filosofia del diritto molto in voga nella prima metà del secolo scorso (in Italia si trova ad esempio in Giorgio Del Vecchio e Icilio Vanni), Bobbio individua nella teoria formale del diritto e nella sociologia del diritto (volta a indagare i rapporti tra diritto e società, vale a dire la funzione del diritto nella società) due dei quattro profili che egli – seppure con diverse declinazioni nelle varie sue opere – ascrive alla filosofia del diritto, insieme alla teoria della giustizia (ovvero la riflessione sui valori che informano o dovrebbero informare il diritto) e alla teoria della scienza giuridica. La teoria del diritto assolve al cosiddetto “compito ontologico”, la sociologia del diritto al “compito fenomenologico”, la teoria della giustizia al “compito deontologico”, e la teoria della scienza giuridica al “compito metodologico”.

Bobbio distingue inoltre due tipi di filosofia del diritto: la filosofia del diritto dei filosofi e la filosofia del diritto dei giuristi. La prima prende le mosse da una certa concezione del mondo e la applica al diritto, la seconda invece muove dall'esperienza giuridica concreta; riflette criticamente su di essa attraverso un'indagine costruita dal basso.

Questa distinzione può aiutarci oggi in un momento in cui i due termini “filosofia del diritto” e “teoria del diritto” vengono spesso usati come equivalenti per delimitare, se non un ambito, uno stile di indagine del diritto.

Nell'ottica della filosofia del diritto dei giuristi, vale a dire partendo dai problemi concettuali che nascono all'interno dell'esperienza giuridica, in questo volume vengono presentati alcuni temi classici della teoria del diritto quali norma, diritti, ordinamento, fonti del diritto, interpretazione, argomentazione al fine di introdurre criticamente gli studenti allo studio del diritto, rendendoli consapevoli della complessità dell'oggetto del loro studio che, in quanto fenomeno storico-culturale, non può essere ridotto ad un profilo meramente formale o meramente comportamentale.