

Presentazione/Presentation

Francesco Viola

La Rivista di filosofia del diritto nasce come organo ufficiale della Società Italiana di Filosofia del diritto (Sifd), un'associazione accademica, fondata nel 1935 su iniziativa di Giorgio Del Vecchio, che può vantare tra i suoi primi presidenti alcuni dei maestri della filosofia del diritto italiana del II dopoguerra, quali Norberto Bobbio, Enrico Opocher, Sergio Cotta e Uberto Scarpelli.

Indipendentemente dagli orientamenti di pensiero che – come è noto – in campo filosofico sono particolarmente differenziati e conflittuali, gli associati alla Sifd sono certamente uniti dal comune, seppur esile, scopo di promuovere la riflessione filosofico-giuridica in tutta la sua possibile estensione. Però ognuno sa che quest'impresa è senza fine. Se infatti – secondo il detto di Kant – i giuristi cercano ancora una definizione del loro concetto di diritto, anche i filosofi del diritto s'interrogano ancora sulla definizione della filosofia del diritto. Bobbio l'ha ritenuta un'impresa disperata fino al punto di considerarla “un'inutile perdita di tempo”. Tuttavia non ha ritenuto una perdita di tempo perlustrare e catalogare tutta la varietà delle ricerche che è legittimo ascrivere a questa disciplina a partire da quelle tradizionali filosofico-giuridiche e teorico-giuridiche. Ed allora ci accorgiamo facilmente non solo che esse, ieri e ancor di più oggi, sono molto eterogenee fra loro, ma anche che sono confinanti con, e non rare volte sconfinanti in, altri ambiti del sapere quali la filosofia generale, la filosofia morale, l'antropologia, la dottrina politica, l'economia, la sociologia, la religione, la letteratura, e, più di recente, anche la deontologia professionale, la medicina, la bioetica, l'informatica e le neuroscienze. Certamente si può pensare (e sperare) che almeno la scienza giuridica sia un punto di riferimento stabile e sicuro, ma come difendere in quest'ottica l'identità della filosofia del diritto quando la stessa identità del giurista è oggi più che mai in discussione?

Bisogna considerare questa varietà di percorsi della filosofia del diritto come una ricchezza di opportunità e come un progressivo allargamento di orizzonti. Tuttavia diventa sempre più difficile governare quest'immenso campo di ricerche in modo che esse mantengano fra loro una qualche unità significativa. Questa rivista intende offrirsi come un luogo di comunicazione di tutte queste ricerche eterogenee proprio al fine di contribuire al ritrovamento e al rafforzamento del loro punto d'incontro.

È ovvio pensare che questo punto comune di riferimento debba risiedere in qualche modo pur sempre nel diritto. È normale essere in disaccordo su cosa debba intendersi per "filosofia", ma è ancor più inquietante se il dissenso riguarda ciò che debba intendersi in generale per "diritto" a prescindere da un suo specifico concetto. Eppure è proprio quest'eventualità che noi oggi siamo costretti ad affrontare.

Dobbiamo, infatti, riconoscere che i dati giuridici positivi di riferimento diventano sempre più complessi, sia, a livello nazionale, sovranazionale e internazionale, per il moltiplicarsi delle fonti senza stabili gerarchie, sia per la varietà dei metodi interpretativi e argomentativi con cui sono trattati i loro prodotti. Non è certamente compito della filosofia del diritto stabilire qual è il diritto positivo o circoscrivere quest'oggetto. Questo è appannaggio della scienza giuridica e della giurisdizione. Tuttavia, quand'esse sono chiamate a giustificare le loro dottrine o i loro criteri, allora sono condotte a toccare problematiche che sono tradizionalmente proprie della teoria e della filosofia del diritto.

Credo che tutti possano notare quanto il tasso filosofico-teorico presente negli studi dei giuristi contemporanei sia elevato, molto più del passato, specie se guardiamo agli studi di diritto costituzionale o a quelli internazionalistici sui diritti umani. A prescindere dalle possibili valutazioni contrastanti di questa notazione, sta di fatto che l'oggetto dei nostri studi ne riceve una valorizzazione. La tradizionale diffidenza del giurista nei confronti delle ricerche filosofico-giuridiche si rivela ora più chiaramente che era in buona parte rivolta al fatto che a condurle fossero non giuristi. E questo è ben comprensibile, ma ora la situazione si è capovolta e si deve concedere che siano del pari comprensibili anche le perplessità dei filosofi e dei teorici del diritto nei confronti delle incursioni dei giuristi.

Il fatto è che l'evoluzione del diritto contemporaneo costringe tutte le discipline che di esso si occupano a divenire necessariamente porose, a farsi attente a ciò che avviene in campi diversi dal proprio e ad abbandonare ogni rigida specializzazione. Questo non è facile, perché non basta recepire problematiche esterne, ma occorre anche saperle trattare con metodi ad esse appropriati. Ciò vale per tutti, per i giuristi e per i filosofi del diritto.

V'è anche da registrare la crescita dell'interesse per il diritto da parte di studiosi di discipline non giuridiche. Nelle società pluralistiche del nostro

tempo e in presenza della globalizzazione il diritto si propone come linguaggio comune dell'interazione sociale, come già Lon Fuller aveva previsto. Con il diritto oggi si fanno cose che prima non lo chiamavano in causa per nulla e il diritto serve più di prima a proteggere la dignità e le aspettative delle persone e dei gruppi sociali in tutti i loro possibili corsi di azione. Ma questo linguaggio, se vuole mantenere una sua identità, deve essere appreso e praticato secondo le sue regole interne e i suoi stili tipici. Non può essere trattato come se fosse un insieme d'istruzioni per l'uso che chiunque può seguire in modo meccanico al fine di raggiungere infallibilmente il risultato desiderato, come spesso pensano i tecnocrati.

Il diritto è fatto di norme e di dottrine, di principi e di concetti. La sua configurazione, almeno nel mondo occidentale, è strettamente legata al nascere della scienza giuridica e del ceto dei giuristi, ad istituzioni specifiche di carattere giurisdizionale e anche politico. In altre parole, il diritto comprende non solo i comandi e le decisioni dell'autorità politica, ma anche le dottrine e i concetti elaborati dai giuristi, le interpretazioni e le decisioni dei giudici, le istituzioni sociali e politiche. Ciò vuol dire che il diritto ha un carattere culturale e che può essere compreso e praticato in modo appropriato solo da coloro che conoscono dall'interno la cultura giuridica. Ma anche questo è controverso, perché la "ragione artificiale", a cui si appellava Edward Coke contro Giacomo I nel famoso *Twelfth Report*, non deve essere spinta fino al punto di divenire un linguaggio per iniziati, incomprensibile per coloro le cui azioni le regole giuridiche intendono dirigere. In questo senso è significativa la reazione di Thomas Hobbes quando con una notevole esagerazione affermava che in un mese o due si può diventare capaci di adempiere all'ufficio di giudice.

Questo tema del linguaggio giuridico, che è nella sostanza quello stesso dello Stato di diritto, è divenuto nella società del pluralismo più attuale che mai e non può essere adeguatamente trattato senza l'apporto degli studi filosofico-giuridici, chiamati a custodire la specificità del diritto e, al contempo, le sue strette relazioni con le altre pratiche sociali.

La filosofia del diritto è una disciplina insieme antica e giovane. È nata come tutta la filosofia in Grecia, ma ha cominciato ad assumere una sua specifica autonomia accademica solo nella metà dell'Ottocento. Appartiene, dunque, ad una grande tradizione e ha già generato una sua piccola tradizione. Credo sia un bene che le nuove generazioni di studiosi non siano dimentiche dell'una e dell'altra. Mi auguro che questa rivista possa accogliere anche studi di storia della filosofia del diritto che per la verità oggi in Italia scarseggiano, ma non certamente in passato. Come qui non ricordare, come esempio riasuntivo di tutti gli altri, la *Storia della filosofia del diritto* di Guido Fassò?

Se vogliamo ora cercare un orientamento anche solo approssimativo nella piccola tradizione degli studi filosofico-giuridici a cui noi apparteniamo,

possiamo servirci della distinzione di Robert Alexy tra una filosofia del diritto *ristretta* ai dati positivi propri del suo oggetto e alla loro rielaborazione critica da una parte e, dall'altra, una filosofia del diritto *comprensiva* di tutte le questioni filosofiche e culturali che sono direttamente implicate nello studio del diritto positivo.

La piccola storia della filosofia del diritto comincia – a mio parere – con il neokantismo giuridico, che è una “filosofia applicata” con diffusione europea e capace di un suo sviluppo autonomo. Ad esso dobbiamo la prima mappa dell'articolazione degli studi filosofico-giuridici. La ben nota teoria tridimensionale del diritto attribuisce alla filosofia del diritto tre filoni di ricerca: il compito *fenomenologico* riguardante l'evoluzione del diritto nella società, quello *ontologico* relativo al concetto di diritto e quello *deontologico* rivolto al dover essere del diritto. Ciò garantiva l'unità della disciplina, pur nella differenziazione delle problematiche. Ma quest'assetto è stato sconvolto e reso impossibile sia dall'assorbimento degli studi sul rapporto fra diritto e società nella *sociologia del diritto*, sia dai dissensi riguardanti il modo d'intendere il concetto di diritto e lo stesso compito deontologico. La sociologia del diritto, che in Italia è stata promossa da Renato Treves, ha mantenuto stretti contatti con la filosofia del diritto ed ora queste relazioni si intensificano negli studi di *Law and Society*. Al contrario i dissensi riguardanti il compito ontologico e deontologico sono più radicali, poiché interessano il modo stesso d'intendere la filosofia e lo stesso diritto positivo.

L'orientamento giuspositivista intende il compito ontologico in senso strettamente scientifico e lo configura nella forma della *teoria del diritto*, mentre riserva alla filosofia del diritto il tradizionale compito deontologico, che però ha un carattere non cognitivo a causa della mancanza di scientificità dei giudizi di valore. In più, aggiunge come altro compito filosofico lo studio della metodologia e dell'epistemologia della scienza giuridica. La distinzione di Bobbio tra approccio al diritto, teoria del diritto e ideologia del diritto si può considerare in qualche modo come una riedizione della teoria tridimensionale del diritto, ma ormai si tratta di ricerche separate.

L'orientamento giusnaturalista, al contrario, difende una filosofia del diritto comprensiva sia del compito ontologico sia di quello deontologico. Da una parte, ritiene che anche la teoria del diritto non possa fare a meno di occuparsi dei giudizi di valore e, dall'altra, rivendica il loro carattere cognitivo. Ed allora è evidente che il venir meno del paradigma unificante neokantiano ha rivelato un incompabile dissenso di fondo sul modo d'intendere la conoscenza filosofica che si riflette anche sul concetto di diritto. Ciò rende attualmente impossibile una definizione unitaria della filosofia del diritto, ma non inutile continuare a cercarla non solo perché proprio questo è il compito della filosofia, ma anche per la mutevolezza dell'oggetto-diritto che mette continuamente alla prova la teoria.

Se si vuole tracciare una nuova mappa che aiuti ad orientarsi negli studi di filosofia del diritto della seconda metà del Novecento, bisognerebbe – credo – almeno distinguere due tipi di ricerche: il primo di tipo descrittivo o teorico volto ad indagare il diritto com'è e ad esplorarne la natura; il secondo di tipo normativo o pratico interessato al diritto come deve essere e alla valutazione critica del diritto positivo. Nonostante la diversità degli indirizzi di filosofia del diritto, si può registrare un accordo nel tenere separate, o almeno distinte, queste due forme d'indagine. Solo negli ultimi due decenni sono tanto aumentate le voci di dissenso nei confronti di questa scissione tra la teoria descrittiva e quella normativa da rendere obsoleta questa stessa mappa orientativa. Ma, per rendersi conto delle ragioni, bisogna gettare su di essa almeno uno sguardo più da vicino.

L'approccio descrittivo si è sviluppato lungo due direttive in aperto contrasto fra loro: quella metafisica e quella scientifica. Si tratta di un conflitto squisitamente filosofico che si riflette sul modo di affrontare il problema della natura del diritto e sulla portata dei concetti che lo riguardano. Dobbiamo riconoscere che dibattiti di questo genere già presuppongono una scelta di campo e spesso si risolvono nel tipico dialogo fra sordi.

L'approccio in senso lato metafisico, a sua volta, si è diramato in due direzioni sulla base della considerazione del diritto *ex parte obiecti* o *ex parte subiecti*. Un esempio della prima si può trovare anticipato già nel pensiero di Del Vecchio, che, basandosi sulla distinzione kantiana tra il *quid iuris* e il *quid ius*, assegna alla filosofia il compito di definire l'universale logico del diritto, cioè la forma a priori che conferisce giuridicità a determinati fenomeni sociali. Il diritto differirebbe dalla morale in quanto in esso la valutazione dell'azione è compiuta in riferimento ad altri soggetti, cioè è oggettiva o, più esattamente, intersoggettiva. *Iustitia est ad alterum*. Altre versioni oggettivistiche si possono trovare nelle filosofie della "natura della cosa" orientate in senso giusnaturalistico, particolarmente diffuse nel secondo dopoguerra. A quest'ottica è stato obiettato, sempre dall'interno della prospettiva metafisica, che essa conduce ad uno smarrimento della soggettività perché pone le relazioni con gli altri come estrinseche o puramente esteriori. Le radici del diritto sono nell'essere stesso dell'uomo, nelle modalità delle sue azioni, nei suoi valori e nelle sue relazioni coesistenziali. Il diritto si presenta, così, come una forma tipica di vita relazionale fra le altre. E qui bisogna almeno ricordare il pensiero di Giuseppe Capograssi e di Sergio Cotta, che i discepoli hanno poi articolato con varietà ora accentuando più l'aspetto filosofico generale ora sviluppando di più la dimensione antropologica. In ogni caso, è evidente la compatibilità delle due direzioni interne alla stessa prospettiva metafisica.

Anche l'approccio scientifico si è diramato lungo due direttive in qualche modo anch'esse riconducibili alla distinzione oggetto/soggetto. Per le

concezioni empiriste il diritto è un *fatto* al pari degli altri fenomeni sociali e, quindi, deve essere studiato come un oggetto empirico. Tuttavia non c'è accordo su quali siano i fatti che identificano il diritto positivo: secondo alcuni ci si deve rivolgere ai comandi dell'autorità sovrana, o altri atti di posizione equivalenti, intesi come fatti verificabili mediante il principio procedurale della validità giuridica; altri, invece, rivolgono la loro attenzione ai comportamenti dei cittadini e/o degli organi pubblici accompagnati da determinati atteggiamenti psicologici in cui prende forma la rappresentazione del dover essere giuridico. Questa è la concezione del realismo giuridico di ascendenza scandinava. Comunque sia, è ben comprensibile l'attrazione che la concezione del diritto come fatto esercita sul positivismo giuridico nella misura in cui esso intenda ricollegarsi in qualche modo al positivismo filosofico. Tuttavia, si può essere giuspositivisti senza essere positivisti in senso filosofico, com'è dimostrato, tra l'altro, dalla teoria di Kelsen per cui il diritto ha la natura di un dover essere, anche se di un genere particolare, cioè privo del riferimento a valori o a contenuti valorativi, e quindi è irriducibile ad un fatto empirico.

Le concezioni analitiche hanno sviluppato anche l'altra direzione di ricerca interna all'approccio scientifico. Questa volta l'oggetto è il linguaggio giuridico, che è identificato sulla base dei soggetti che lo usano (legislatore, giudice, giurista). La ricerca filosofico-giuridica è qui concepita come *meta-giurisprudenza* descrittiva in quanto è una riflessione critica sul linguaggio-oggetto, che contribuisce a ordinare e a rigorizzare. Questa linea di ricerca è stata promossa in Italia da Norberto Bobbio ed è stata notevolmente incrementata da altri studiosi della Scuola analitica quali, soprattutto, Uberto Scarpelli e Giovanni Tarello. Ma ben presto si nota che in realtà la metateoria, sotto una veste descrittiva, *prescrive* come dovrebbe essere la scienza giuridica o quale dovrebbe essere l'opera argomentativa del giudice. Di conseguenza, bisogna ammettere che la filosofia del diritto – comunque venga concepita – non può sfuggire alla dimensione prescrittiva o normativa. L'importante è che ne sia consapevole.

Anche le ricerche di tipo esplicitamente ed esclusivamente normativo, interessate al dover essere del diritto, possono essere distinte in due direttive principali ispirate l'una ad una metaetica cognitivista e l'altra ad una metaetica non-cognitivista. La metaetica in quanto tale non è certamente di competenza specifica della filosofia del diritto, ma è presupposta. Tuttavia, in quanto filosofia, essa non si può sottrarre dall'argomentare anche le sue presupposizioni. Si può ritenere che tali argomentazioni debbano tener conto anche della natura del diritto, il cui dover essere s'intende prefigurare o additare.

Il conflitto metaetico a monte ha ricadute limitate o più innocue a valle quando v'è un elevato consenso sui contenuti della morale o in un regime

di riconosciuti valori comuni, ma diventa uno spartiacque ben difficile da superare in un regime di pluralismo etico qual è quello del nostro tempo.

Per la verità – a differenza dell'anglosassone *jurisprudence* – non appartiene alla tradizione italiana degli studi filosofico-giuridici la critica circostanziata del contenuto delle leggi, bensì solo a volte la trattazione etico-giuridica di rilevanti problematiche da esse sollevate. Ma, più di recente, a causa della crescente diffusione dei diritti umani questo tipo di ricerche si sono incrementate. Non si tratta soltanto di un accrescimento quantitativo, bensì anche di un ripensamento profondo dell'assetto dei programmi di ricerca. In questo senso sono propenso ad attribuire all'irrompere delle tematiche legate ai diritti umani un effetto teorico che va al di là della loro specificità.

Innanzitutto i diritti umani, a differenza dei diritti naturali, sono diritto positivo riconosciuto a livello costituzionale e internazionale. Ma per interpretare e applicare i diritti umani bisogna far ricorso ad un'articolazione complessa di dottrine politiche e morali altamente controverse. Di conseguenza, l'opera di concretizzazione dei diritti, la loro implementazione e operatività nei contesti nazionali e internazionali si risolve necessariamente in un dibattito sulle ragioni che rendono fondamentali certi diritti, poiché solo in tal modo si potrà precisare a chi essi debbano essere effettivamente riconosciuti, a quali condizioni, quando e come possano essere esercitati e tutelati. In tal modo l'etica normativa entra a far parte di fatto del dibattito giuridico.

Questo dibattito si svolge oggi in tutti i fori pubblici, non solo nelle assemblee legislative, ma anche nelle camere di consiglio giudiziarie e nei consessi dei giuristi. In questo senso si può affermare che le argomentazioni politiche ed etiche sono ora diventate interne al diritto positivo e alla scienza giuridica. La positivizzazione dei diritti non è un dato originario sufficiente a giustificarli, ma semmai un punto di arrivo dell'argomentazione che li giustifica e che l'interpretazione è chiamata a ripercorrere e a ricostruire. In questo senso l'attività interpretativa assume un ruolo nuovo, quello volto a comprendere e riordinare argomenti piuttosto che semplicemente quello di cogliere significati di testi giuridici. La distinzione tra interpretare e argomentare si assottiglia sempre di più. La prescrizione giuridica dipende sempre di più dalla solidità delle ragioni (relative a fatti o a valori) su cui poggia e sempre meno dalla forza imperativa dell'autorità. Ma queste ragioni non sono incontrovertibili. Si tratta, infatti, del campo aperto della ragion pratica, luogo di opinioni contrastanti e di dibattiti infiniti. Se il diritto positivo va assumendo questa configurazione, anche la scienza giuridica si trasforma. Pur ammettendo che il suo obiettivo primario resti l'apprensione del contenuto delle norme giuridiche, ora esso implica di introiettare tutta la problematicità che queste portano in sé. La scienza giuridica stessa diventa – come

nota Jeremy Waldron – la sede di dibattiti sulle ragioni collegate alle norme, così come lo sono le assemblee legislative e le corti di giustizia. La differenza, certo non trascurabile, sta nel fatto che queste ultime sono istituzioni e, pertanto, legate a vincoli formali e procedurali. La scienza giuridica è certamente vincolata dai criteri di validità normativa, ma questi richiedono a loro volta elaborazioni complesse da parte dei giuristi a causa delle intersezioni tra fonti normative non più rigorosamente strutturate in modo gerarchico e non di rado appartenenti ad ordini giuridici differenti.

In questa situazione la problematica tradizionale del rapporto fra diritto e morale s'impone come centrale per la filosofia del diritto. Il giuspositivismo esclusivo continua a difenderne la separazione, quello inclusivo ammette l'impossibilità della separazione di fatto e ne continua a difendere la separabilità in linea di principio. Neanche il giusnaturalismo, che pure è un sostenitore storico della connessione fra diritto e morale, è a suo agio in ragione del carattere aperto, incerto e problematico dell'etica normativa contemporanea, nonché della sua frammentazione in etiche settoriali.

Ciò non significa che la ragion d'essere delle ricerche tradizionali teoriche e filosofiche sia venuta meno. Esse continuano ad essere coltivate ora cercando di neutralizzare ora sforzandosi d'inglobare le nuove problematiche.

Intanto nella teoria del diritto italiana tramonta l'influenza di Kelsen, e della letteratura giuridica tedesca, e si afferma quella di Herbert Hart e della letteratura giuridica anglosassone. Hart rigetta una spiegazione meramente fattuale (o predittiva) della normatività del diritto, valorizzando le ragioni che, da una parte, fondano l'autorità del diritto e, dall'altra, proprio per questo escludono il ricorso a considerazioni morali. Si consolida, così, una fondazione dell'obbligo giuridico basata sul *convenzionalismo*, cioè sull'accettazione delle regole giuridiche da parte dei consociati. Tuttavia, anche il convenzionalismo deve misurarsi con il problema della presenza nel diritto di valori morali sostanziali, che non si fondano sul fatto di essere accettati, ma che al contrario – come ha notato Ronald Dworkin – rendono la stessa accettazione come dovuta.

L'influenza del pensiero di Hart va al di là delle sue stesse intenzioni ove si consideri che un suo discepolo, John Finnis, aggiorna in modo originale il giusnaturalismo, coniugando il pensiero di Tommaso d'Aquino con le tematiche proprie della filosofia analitica del diritto. Finnis, mettendo a frutto la problematica attuale dei diritti umani, sostiene la possibilità di individuare con la ragion pratica una lista essenziale di valori fondamentali, che costituiscono i beni per il cui conseguimento c'è anche necessariamente bisogno del diritto.

L'evoluzione del diritto contemporaneo, in cui si accentua l'indeterminatezza e la struttura aperta delle norme, induce alla proliferazione di ricerche che guardano ai processi di produzione, d'interpretazione e di argomenta-

zione. Accanto ad indagini settoriali, che tra l'altro mostrano quali e quante risorse abbia in serbo la tradizione giuridica per far fronte alle nuove esigenze (e qui penso soprattutto agli studi di retorica giudiziaria e forense e, più in generale, agli studi di logica giuridica), si presentano anche concezioni teorico-filosofiche più comprensive volte a cogliere il diritto nel suo farsi, quali quelle ispirate all'ermeneutica. L'obiettivo di questi percorsi della filosofia del diritto contemporanea è quello di consolidare l'idea che il diritto è in realtà una pratica sociale, cioè un insieme di azioni intersoggettive giustificate da ragioni proprie e volte a realizzare valori specifici, tra cui in primo luogo quello della giustizia. In quest'ottica bisogna ammettere che la descrizione del diritto implica necessariamente la formulazione di giudizi di rilevanza o di valore. Ciò consentirebbe di tener conto degli atteggiamenti degli operatori giuridici e degli utenti del diritto, nonché dello stesso osservatore, e permetterebbe di tenere insieme la teoria e la pratica giuridica, cosa che oggi gli studi giuridici reclamano. Tuttavia, quanto più comprensiva è una concezione, tanto più esile è la sua forza concettuale. Se si vogliono catturare in numero maggiore gli elementi e le varianti della giuridicità, si deve rinunciare ad una visione essenzialista che distingua in modo netto il diritto dal non diritto.

Non c'è, dunque, da stupirsi se anche la filosofia del diritto sia stata investita dal vortice del postmodernismo, dal suo rigetto della fissità delle categorie tradizionali, dalla sua opera di decostruzione degli assetti consolidati e di eliminazione delle separazioni nette. Si tratta prevalentemente di movimenti di pensiero fioriti in terra americana che solo ora si presentano anche in Europa. Essi formulano teorie del diritto da prospettive non giuridiche in senso tradizionale, come l'*Analisi economica del diritto*, che riconduce il diritto al calcolo dei costi e dei benefici economici, o i *Critical Legal Studies*, che lo riduce ad un discorso ideologico fondato sulle relazioni di potere, o la *Teoria della differenza razziale*, che ne denuncia il condizionamento discriminatorio ma ne evidenzia anche le capacità emancipatorie, o la *Teoria giuridica femminista*, che ne rielabora le categorie concettuali per renderle rispettose della differenza di genere. Anche il movimento di *Diritto e Letteratura*, nella sua articolazione interna del diritto nella e come letteratura, s'inserisce in questo nuovo panorama degli studi giuridici, evidenziando il carattere estetico e narrativo del diritto.

È interessante notare che più che di vere e proprie concezioni del diritto si tratta di "movimenti", così come lo era la *Scuola di diritto libero*, cioè di teorie impegnate a difendere e ad implementare determinati orientamenti di valore o piani di azione. Di conseguenza la dimensione normativa prevale su quella descrittiva e la ingloba in sé, capovolgendo l'assetto tradizionale della filosofia del diritto. Si ripropone, pertanto, ancora una volta l'interrogativo sul ruolo del dover essere giuridico nella stessa descrizione della natura del diritto.

In questo panorama, ricco e confuso, che qui è solo sommariamente tratteggiato, il meno che si possa dire è che la filosofia del diritto si rimette continuamente in discussione sia nella scelta dei temi ritenuti essenziali, sia nell'individuazione dei metodi più appropriati. In ogni caso tutti dovrebbero convenire che questo variegato complesso di ricerche può essere tenuto insieme, ammesso che possa esserlo, solo da un'ottica filosofica.

Per questo è sembrato opportuno al Consiglio scientifico e al Comitato editoriale della *Rivista di filosofia del diritto* dedicare questo primo fascicolo alla ricerca di chiavi di lettura che orientino nel ginepraio degli studi filosofico-giuridici contemporanei. La cosa migliore, ed invero anche la sola possibile, è quella d'interrogare alcuni filosofi e teorici del diritto del nostro tempo, a cui sono state rivolte le seguenti nove domande:

- 1) Quali problemi richiedono in generale una riflessione filosofico-giuridica?
- 2) In che modo è possibile oggi identificare una concezione come filosofico-giuridica?
- 3) Quali temi dovrebbero acquisire posizione preminente oggi, e perché?
- 4) Ha ancora senso distinguere fra filosofia del diritto e teoria del diritto?
- 5) Il dibattito tradizionale fra giusnaturalismo e giuspositivismo è ancora attuale e in che forma?
- 6) Quali sono i rapporti fra la normatività giuridica e le altre forme di normatività?
- 7) Quali sono i principali limiti che la tradizione di ricerca filosofico-giuridica deve superare per affrontare le nuove sfide?
- 8) L'attuale maggiore rilevanza del diritto costituzionale e del diritto internazionale implica una trasformazione dei compiti e dei metodi della filosofia del diritto?
- 9) Quale apporto può dare il diritto alla soluzione o alla trattazione dei problemi etico-politici emergenti?

L'intento e la speranza sono quelli di promuovere un dibattito che favorisca una mutua comprensione fra gli studiosi delle discipline filosofico-giuridiche e con ciò stesso aiuti a gettare nuovi ponti fra studi che, seppur molto diversi fra loro, almeno nelle intenzioni hanno in comune come oggetto il diritto.

The *Rivista di filosofia del diritto* (*Journal of Legal Philosophy*) comes into being as the official organ of the Italian Society of Legal Philosophy (Islp), an academic association founded in 1935 at the initiative of Giorgio Del Vecchio, which can boast among its first presidents some of the greatest teachers of Italian legal philosophy in the period after World War Two, like Norberto Bobbio, Enrico Opocher, Sergio Cotta and Uberto Scarpelli.

Independently of orientations of thought, which – as is well known – in the philosophical field are particularly diversified and conflicting ones, the

members of *Islp* are certainly united by the common though slender purpose of promoting legal-philosophical reflection in all its possible extension. However, everyone knows that this enterprise is endless. If, indeed, according to what Kant says, jurists are still seeking a definition of their concept of law, legal philosophers too are still reflecting on the definition of legal philosophy. Bobbio saw it as a desperate enterprise, to the point of considering it “a useless waste of time.” Nevertheless, he did not consider it a waste of time to search through and catalogue all the variety of researches that it is legitimate to ascribe to this discipline, starting from the traditional legal-philosophical and legal-theoretical ones. And then we easily realize not only that, yesterday and today even more, they are still very heterogeneous, but also that they border on, and not infrequently overflow into, other spheres of knowledge like general philosophy, moral philosophy, anthropology, political doctrine, economics, sociology, religion, literature, and, more recently, also legal ethics, medicine, bioethics, computer science and neurosciences. Certainly one can think (and hope) that at least legal science is a stable and sure reference point, but in this outlook how can we defend the identity of legal philosophy when the very identity of the jurist is more uncertain than ever?

We need to consider this variety of pathways of legal philosophy as richness of opportunity and as progressive broadening of horizons. Nevertheless, it is becoming more and more difficult to govern this immense field of researches so that they maintain some significant unity with one another. This journal intends to offer itself as a locus of communication of all these heterogeneous researches, precisely for the purpose of contributing to the recovery and strengthening of their meeting point.

Obviously one supposes that this common reference point always has also to reside somehow in law. It is normal to disagree on what is meant by “philosophy”, but it is more disquieting if the disagreement concerns what is meant by “law” in general, aside from any specific concept of it. Yet it is precisely this eventuality that we are forced to face today.

Indeed, we have to recognize that the positive legal data are becoming more and more complex, both, at a national, supranational and international level, because of the multiplication of legal sources without stable hierarchies, and because of the variety of the interpretative and argumentative methods with which their products are treated. It is certainly not the task of legal philosophy to establish what positive law is or to circumscribe this object. This is the province of legal science and jurisdiction. Nevertheless, when they are called on to justify their doctrines or their criteria, they are led to touch on problems that are traditionally proper to legal theory and philosophy.

I believe that everyone can see how elevated the present philosophical rate in studies by contemporary jurists is, much more than in the past, espe-

cially if we look at studies on constitutional and international law on human rights. Apart from the possible conflicting evaluations of this, as a matter of fact the object of our studies is valorised by it. The traditional distrust of the jurist towards legal-philosophical researches is now more clearly seen to have been largely concerned with the fact that they were not carried out by jurists. And this is perfectly comprehensible, but now the situation has been overturned and it has to be granted that the perplexities of legal philosophers and theorists towards incursions by jurists are no less understandable.

The fact is that the evolution of contemporary law forces all the disciplines that deal with it to become necessarily porous, to pay attention to what happens in different fields from their own and to abandon all rigid specialization. This is not easy, because it is not enough to be aware of external problems, but is also necessary to know how to handle them with appropriate methods. This applies to everyone, to jurists and legal philosophers.

One also has to register the increasing interest in law on the part of scholars in non-legal disciplines. In the pluralist societies of our time and in the presence of globalization, law presents itself as a common language of social interaction, as Lon Fuller had already foreseen. With law today things are done that previously did not in the least call it into play, and law serves more than before to protect the dignity and expectations of people and social groups in all their possible courses of action. But this language, if it wants to maintain an identity of its own, must be learnt and practised according to its interior rules and typical styles. It cannot be treated as if it were a set of instructions for use that anyone can follow mechanically for the purpose of infallibly reaching the desired result, as technocrats often seem to think.

Law is made up of norms and doctrines, principles and concepts. Its configuration, at least in the Western world, is closely linked to the birth of legal science and of the professional class of jurists, and to specific institutions of a jurisdictional and also political character. In other words, law includes not only the commands and decisions of the political authority, but also the doctrines and concepts worked out by jurists, judges' interpretations and decisions, and social and political institutions. This means that law has a cultural character and that it can only be understood and appropriately practised by those people that know legal culture from inside. But this too is controversial, because "artificial reason", to which Edward Coke appealed against James I in the famous *Twelfth Report*, must not be pushed to the point of becoming a language for the initiated, incomprehensible for those people whose actions legal rules intend to direct. Significant in this sense is the reaction of Thomas Hobbes when with great exaggeration he affirmed that in a month or two people can become capable of doing the work of a judge.

This theme of legal language, which is substantially that of the Rule of Law, in the society of pluralism has become more topical than ever and can-

not adequately be dealt with without the contribution of legal-philosophical studies, called on to guard the specificity of law and, at the same time, its close relations with other social practices.

Legal philosophy is at one and the same time an ancient and a young discipline. It came into being, like all philosophy, in Greece, but it only started to take on specific academic autonomy in the middle of the nineteenth century. It therefore belongs to a great tradition and has already produced a small tradition of its own. I believe it is a good thing that the new generations of researchers are not forgetful of the one and the other. I hope that this journal can also welcome studies on history of legal philosophy, which actually today in Italy are scarce, but certainly were not in the past. How can we not remember here, as an example summing up all the others, the *Storia della filosofia del diritto* by Guido Fassò?

If we now wish to seek an orientation, even an approximate one, in the short tradition of legal-philosophical studies to which we belong, we can draw on the distinction made by Robert Alexy between legal philosophy *restricted* to the positive data proper to its object and to their critical elaboration, on one side, and, on the other, legal philosophy *including* all the philosophical and cultural issues that are directly involved in the study of positive law.

The small history of legal philosophy starts – in my opinion – with legal neo-Kantianism, which is a form of “applied philosophy” with European diffusion and capable of autonomous development. To it we owe the first map of the various developments of legal-philosophical studies. The well-known three-dimensional or triadic theory of law attributes three lines of research to legal philosophy: the *phenomenological* task regarding the evolution of law in society, the *ontological* one relating to the concept of law, and the *deontological* one concerned with how law should be. This guaranteed the unity of the discipline, though in the differentiation of problems. But this order has been overwhelmed and rendered impossible both by absorption of studies on the relationship between law and society into *sociology of law* and by dissents regarding the way of seeing the concept of law and the very deontological task. The *sociology of law*, which in Italy was promoted by Renato Treves, maintained strong links with legal philosophy and now these relations are increasing in studies on *Law and Society*. By contrast, the dissents about ontological and deontological tasks are drastic, because they concern the very way of seeing philosophy and positive law itself.

The positivistic orientation sees the ontological task in a strictly scientific sense and shapes it in the form of *theory of law*, while it reserves for legal philosophy the traditional deontological task, which however has a non-cognitive character since value judgments are not scientific. Further, it adds another philosophical task, i.e. study of the methodology and epistemology

of legal science. The distinction made by Bobbio between approach to law, theory of law and ideology of law can be considered in a way as a re-edition of the three-dimensional theory of law, but now these have become separate researches.

The natural law orientation, by contrast, defends an inclusive legal philosophy, both of the ontological task and of the deontological one. On one side, it believes that theory of law too cannot avoid dealing with value judgments, and, on the other, it vindicates their cognitive character. And then it is evident that the loss of the unifying neo-Kantian paradigm has revealed an insoluble background dissent on the way of seeing philosophical knowledge, which is also reflected in the concept of law. This currently renders a unitary definition of legal philosophy impossible, but does not make it useless to go on seeking for one, not only because precisely this is the task of philosophy, but also because of the mutability of the law object that continually tests out the theory.

If we want to trace out a new map facilitating orientation in legal philosophy studies in the second half of the twentieth century, it is necessary – I believe – at least to distinguish two types of researches: one of a descriptive or theoretical type aiming to investigate law as it is and to explore its nature; the other of a normative or practical type interested in law as it has to be and in the critical evaluation of positive law. Despite the diversity of orientations in legal philosophy, one can register agreement in keeping separate, or at least distinct, these two forms of investigation. Only in the last two decades have the voices of dissent towards this division between descriptive and normative theory increased so much as to render obsolete this very orientating map. But, to realise the reasons, we need at least to take a closer look at them.

The descriptive approach has developed along two openly conflicting lines: the metaphysical one and the scientific one. It is a strictly philosophical conflict reflected in the way of facing the problem of the nature of law and on the scope of the concepts that concern it. We have to recognize that debates of this kind already imply a choice of field and often resolve into the typical dialogue of the deaf.

The approach in a broad metaphysical sense has developed in two directions on the basis of the consideration of the law *ex parte objecti*, or *ex parte subjecti*. An example of the former is already harbingered in the thought of Del Vecchio, who, basing on the Kantian distinction between *quid juris* and *quid ius*, assigns to philosophy the task of defining the logical universal of law, that is to say the *a priori* form that confers legal quality on given social phenomena. Law would differ from ethics in that in its evaluation of action is carried out in reference to other subjects, that is to say it is objective or, more exactly, intersubjective. *Iustitia est ad alterum*. Other objectivistic versions

can be found in philosophies of the “nature of the thing” oriented in a natural law sense, particularly widespread in the period after World War Two. To this outlook the objection has been made, from within the metaphysical perspective, that it leads to loss of subjectivity because it sets relations with others as extrinsic or purely external. The roots of law are in the very being of man, in the modalities of his actions, in his values and in his co-existential relations. Law thus presents itself as a typical form of relational life among others. And here we have at least to remember the thought of Giuseppe Capograssi and Sergio Cotta, which their disciples have worked out in various ways, now accentuating more the general philosophical aspect and now developing more the anthropological dimension. In any case, the compatibility of the two directions within the same metaphysical perspective is evident.

The scientific approach too has gone in two directions, also referable in a way to the object/subject distinction. For empiricist conceptions the law is a *fact* like other social phenomena and therefore must be studied as an empirical object. Nevertheless, there is no agreement on what the facts that identify positive law are: according to some we have to consider the commands of the sovereign authority, or other equivalent actions and events, seen as facts verifiable through the procedural principle of legal validity; others, instead, turn their attention to the behaviours of citizens and/or of public organs accompanied by given psychological attitudes in which the representation of legal obligation takes shape. This is the conception of legal realism of Scandinavian origin. At all events, the attraction that the conception of the law as a fact has for legal positivism is wholly understandable, insofar as it intends to link up somehow to philosophical positivism. Nevertheless, one can be a legal positivist without being a positivist in a philosophical sense, as is shown, besides, by Kelsen’s theory, according to which law has the nature of an ought, though of a particular kind that is to say devoid of reference to values or to value contents, and therefore is not reducible to an empirical fact.

Analytical conceptions have also developed the other direction of research internal to the scientific approach. This time the object is legal language, which is identified on the basis of the subjects that use it (legislator, judge, jurist). Legal-philosophical research is conceived here as descriptive *meta-jurisprudence* in that it is critical reflection on the language-object, which helps to give order and consistency. This line of research was promoted in Italy by Norberto Bobbio and has been markedly boosted by other researchers of the Analytical School like, above all, Uberto Scarpelli and Giovanni Tarello. But very soon we notice that actually the meta-theory, in a descriptive guise, *prescribes* what legal science should be like or what the argumentative work of the judge should be. Accordingly it has to be admitted that legal philosophy – however it is conceived – cannot get away from the

prescriptive or normative dimension. The important thing is that it should be aware of this.

Researches of an explicitly and exclusively normative type, interested in how law should be, can also be distinguished into two main trends, one inspired by a cognitivist meta-ethic and the other by a non-cognitivist meta-ethic. The meta-ethic as such is certainly not proper to legal philosophy, but is presupposed. Nevertheless, as philosophy, it cannot avoid reasoning about its presuppositions. One can believe that such argumentation also has to take into account the nature of law, whose legal ought one intends to prefigure or show.

The background meta-ethical conflict has limited or more harmless consequences downstream when there is major consensus on the contents of the ethic or in a regime of recognized common values, but it becomes a watershed that it is very difficult to get over in a regime of ethical pluralism like that of our own time.

Actually – unlike Anglo-Saxon *jurisprudence* – in the Italian tradition of legal-philosophical studies we do not find circumstantiated criticism of the content of laws, but only occasionally ethical-legal treatment of major problems raised by them. But, more recently, because of the increasing spread of human rights, this type of research has increased. There is not only a quantitative growth, but also profound re-examination of the organisation of research programmes. In this sense I am inclined to attribute to the incursion of themes linked to human rights a theoretical effect that goes beyond their specificity.

First of all human rights, unlike natural rights, are positive law recognized at a constitutional and international level. But to interpret and apply human rights it is necessary to resort to a complex arrangement of highly controversial political and moral doctrines. Accordingly, the work of concretization of rights, their implementation and operativeness in national and international contexts, necessarily resolves into a debate on the reasons that make certain rights as fundamental, since only in this way can it be specified to whom they are to be effectively recognized, on what conditions, and when and how they can be exercised and protected. In this way normative ethics in fact also becomes part of the legal debate.

This debate is going on in all public forums today, not only in legislative assemblies, but also in judiciary chambers and in meetings of jurists. In this sense it can be affirmed that political argumentations and ethics have now become internal to positive law and legal science. Making rights positive is not a sufficient original datum to justify them, but if anything an arrival point of the argumentation that justifies them and that interpretation is called on to go over and reconstruct. In this sense interpretative activity takes on a new role, serving to understand and rearrange arguments rather than simply

perceiving the meanings of legal texts. The distinction between interpreting and arguing grows less and less clear. Legal prescription depends more and more on the solidity of the reasons (related to facts or to values) on which it rests and less and less on the imperative force of the authority. But these reasons are not incontrovertible. Indeed, this is the open field of practical reason, a locus of conflicting opinions and endless debates.

If positive law is taking on this configuration, legal science too is being transformed. Though admitting that its primary objective remains apprehension of the content of legal norms, it now implies looking into all the uncertain complexity that the latter involve. Legal science itself becomes – as Jeremy Waldron observes – the locus of debates on the reasons connected to the norms, as are legislative assemblies and courts of justice. The difference, certainly not a negligible one, lies in the fact that the latter are institutions and therefore linked to formal and procedural constraints. Legal science is certainly bound by the criteria of normative validity, but these in turn require complex elaborations by jurists because of the intersections between normative sources no longer rigorously structured hierarchically and not infrequently belonging to different legal orders.

In this situation the traditional problems of the relationship between law and ethics becomes central for legal philosophy. Exclusive legal positivism continues to defend its separation, while inclusive legal positivism admits the impossibility of the *de facto* separation and continues to defend its separability in principle. Natural law theory, which is also a historical supporter of the connection between law and ethics, is not easy either, because of the open, uncertain and problematic character of contemporary normative ethics, as well as its fragmentation into sectorial and separate fields.

This does not mean that the reason for being of the traditional theoretical and philosophical researches has been lost. They continue to be cultivated, an endeavour now being made to incorporate the new problems or to avoid them.

Meanwhile, in Italian theory of law the influence of Kelsen and of German legal literature wanes, and that of Herbert Hart and of Anglo-Saxon legal literature is prevailing. Hart rejects a merely factual (or predictive) explanation of the normativity of law, valorising the reasons that, on one side, are the basis of the authority of law and, on the other, precisely for this reason exclude recourse to moral considerations. There is thus consolidated a foundation of legal obligation based on *conventionalism*, that is to say on acceptance of legal rules by members of a society. Nevertheless, conventionalism too has to measure itself with the problem of the presence in law of substantial moral values, which are not founded upon the fact of being accepted but, on the contrary – as Ronald Dworkin has noticed – make acceptance itself due.

The influence of Hart's thought goes beyond his own intentions if we consider that a disciple of his, John Finnis, undertakes an original updating of natural law philosophy, blending the thought of Aquinas with themes proper to the analytical philosophy of law. Finnis, taking advantage of the present-day problems of human rights, maintains the possibility of identifying with practical reason an essential list of fundamental values, constituting the goods for whose attainment law is also necessarily required.

The evolution of contemporary law, in which the indeterminateness and the open structure of norms are accentuated, induces a proliferation of researches that look at the processes of production, interpretation and argumentation. Alongside sectorial investigations, which among other things show what resources and how many resources the legal tradition has in store for facing the new demands (and here I am thinking above all of studies on judicial and forensic rhetoric and, more in general, studies on legal logic), there appear more comprehensive theoretical-philosophical conceptions aiming to perceive law in the making, like those inspired by hermeneutics. The objective of these pathways of contemporary legal philosophy is to consolidate the idea that law is in reality a social practice, that is to say a set of intersubjective actions justified by reasons of their own and serving to enact specific values, among which first of all there is justice. In this outlook it needs to be admitted that description of law necessarily implies formulation of judgments on relevance or value. This would make it possible to take into account the attitudes of legal operators and users of law, as well as the observer himself or herself, and it would allow one to keep together legal theory and practice, something that legal studies today demand. Nevertheless, the more comprehensive a conception is, the less conceptual force it has. If we want to capture a greater number of the elements and variations of legality, we have to forego an essentialist vision distinguishing in a clear-cut way law from non-law.

Therefore one should not be surprised if legal philosophy too has been affected by the vortex of postmodernism, by its rejection of the fixity of the traditional categories, by its work of deconstruction of the consolidated orders and elimination of clear-cut separations. We are talking primarily about movements of thought that burgeoned in America and only now are also making their appearance in Europe. They formulate theories of law from non-legal perspectives in a traditional sense, like *Economic Analysis of Law*, which takes law back to the calculation of costs and economic benefits, or *Critical Legal Studies*, which reduces it to an ideological discourse founded upon relations of power, or *Critical Race Theory*, which denounces its discriminatory conditioning but also highlights its emancipatory capacities, or *Feminist Legal Theory*, which elaborates its conceptual categories to make them respectful of gender difference. The *Law and Literature* movement,

in its internal working out of law in and as literature, also fits into this new panorama of legal studies, highlighting the aesthetic and narrative character of law.

It is interesting to notice that rather than real conceptions of law we are talking about “movements”, which is what the *Free Law Movement* was, that is to say about theories engaged in defending and implementing given value orientations or action plans. Consequently the normative dimension prevails over the descriptive one and encompasses it, turning upside-down the traditional order of legal philosophy. Thus once again there is raised the issue of the role of legal ought in the very description of the nature of law.

In this panorama, which is rich and confused and here only cursorily outlined, the least that can be said is that legal philosophy is continually challenged, both in the choice of the themes deemed essential, and in the identification of the most appropriate methods. In any case everyone should agree that this variegated complex of researches can only be held together, admitted that it can be, by a philosophical outlook.

For this reason it seemed appropriate to the Scientific Committee and Editorial Board of the *Journal of Legal Philosophy* to devote this first issue to the search for interpretive keys that can give a sense of direction in the tangle of contemporary legal-philosophical studies. The best thing, and in truth also the only one possible, is to question some philosophers and theorists of law in our time, who were asked the following nine questions:

- 1) What is philosophy of law first and foremost about?
- 2) When does a theory deserve to be seen as “philosophy of law”?
- 3) Which are the subjects that should be the primary focus of a legal-philosophical inquiry?
- 4) Does the distinction between jurisprudence and philosophy of law still make any sense?
- 5) What about the traditional opposition between legal positivism and natural law theories?
- 6) What kind of relationship is there between legal normativity and other kinds of normativity?
- 7) What are the main stumbling blocks or limits that legal-philosophical inquiry must overcome in order to face the new challenges?
- 8) The role played by constitutional law and by international law has become increasingly meaningful in the international discussion – does this imply any change in the traditional goals and methods of legal philosophy?
- 9) What contribution can law offer, when the new ethical and political dilemmas of the contemporary world are at stake?

The intent and hope are to promote a debate favouring mutual understanding among scholars in the philosophical-legal disciplines and through

this to help to build new bridges among studies that, though very different from one another, at least in their intentions have law as their common object.

Francesco Viola
Università degli studi di Palermo
Dipartimento di studi su politica, diritto e società "G. Mosca"
piazza Bologni, 8
90134 Palermo
francesco.viola@unipa.it