

## “Intenzionalità” del diritto in Lon L. Fuller

Piero Marra

*Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”*

### **Abstract: Aspiration of Law in Lon L. Fuller**

The concept of law is not extraneous to the experience, nor is it unrelated to the methodology in which experience is the essential sense and significance of the jurist's practical activity. This basic aspect is captured by the procedural approach of the Texan philosopher Lon Luvois Fuller (1902-1978). The thesis is particularly interesting: the procedures represent significantly deontic conditions of legal experience. The Fullerian methodology, however, while not starting from a substantive and external idea of the good, does not lead to a formalistic idea of the concept of law. Indeed, legal existence is viewed as a cooperative human enterprise subject to different degrees of failure. To capture the legal complexity there is the aspiration of the law that refers to the decisive role of the subject.

**Keywords:** Inner Morality of Law, Aspiration, Implicit Law, Practical Methodology, Subject.

**Sommario:** 1. Premessa – 2. Metodologia procedurale in Fuller – 3. Moralità intrinseca del diritto – 4. Dimensioni implicite della giuridicità – 5. Una fenomenologia ancora attuale – 6. Intenzionalità e fenomeno giuridico.

### **1. Premessa**

Il diritto non è estraneo ai fatti della vita. Né è irrelato alla metodologia che nell'esperienza storica ritrova il significato e il senso essenziali dell'attività pratica del giurista. È questo, tra l'altro, il tratto distintivo del diritto “pos-moderno” chiamato con maggior frequenza a confrontarsi con la fattualità dei valori e degli interessi propri delle società contemporanee<sup>1</sup>. Emerge sin da subito che i fatti sono segnati da *haecceitas* e che la realtà è complessa e cangiante. E così, l'idea stessa di esistenza giuridica diviene irriducibile all'incontrovertibilmente “puro”, nel senso fatto proprio da Hans Kelsen. Invero, coesistono in essa anime tra loro complementari ed interdipendenti, tutte connotate in qualche modo dal legame

<sup>1</sup> Il lemma è usato da P. Grossi, “Storicità versus prevedibilità: sui caratteri di un diritto pos-moderno”, in *Quest. Giust.*, (2018), n. 4, p. 17.

polare tra “essere” [*Sein*] e “dover essere” [*Sollen*]<sup>2</sup>. L’esperienza giuridica, dunque, è riconducibile ad una vera e propria impresa umana soggetta a differenti gradi di fallimento, non più circoscrivibile entro confini ben precisi.

L’immagine evocata è particolarmente attuale se si guarda alle emergenze globali del nostro tempo che compaiono con maggiore ricorsività, divenendo sempre più ordinarie e sempre meno *extra-ordinem*<sup>3</sup>. Riguardano sicurezza, cybersecurity e terrorismo, sanità, migrazioni, fonti di energia e ambiente. Pervadono gli ordinamenti giuridici nazionali minandone certezza ed effettività. Contribuiscono, da ultimo, alla “crisi della fattispecie” e della “logica monistica” ad essa sottesa<sup>4</sup>.

Da questo angolo visuale, la metodologia impostata a partire dalla questione, al contempo speculativa e pratica, su “cosa fa” il giurista coglie l’incompletezza dell’idea di diritto *puro* e la sua insufficienza a spiegare il proprio funzionamento nel suo darsi empirico-fenomenico<sup>5</sup>. D’altra parte, l’immagine del diritto come impresa umana soggetta a differenti gradi di insuccesso svela le sue molte facce<sup>6</sup>: un insieme, non ordinato, di elementi espliciti [*explicit law*] e di elementi impliciti

<sup>2</sup> È questa l’idea di A. Dal Brollo, *La moralità del diritto*, Giuffrè, Milano, 1986, pp. 13-19. Nella filosofia di Fuller il principio di polarità, secondo cui tutte le cose sembrano opposte, ma in realtà sono tra loro complementari ed interdipendenti, rappresenta non tanto un tentativo per riconciliare gli opposti, quanto quello di costruire una visione integrata, come è quella propria della esperienza di *common law*. Ciò implica che l’analisi del diritto, e il metodo usato per comprenderlo, devono essere necessariamente problematici. L.L. Fuller, “Reason and Fiat in Case Law”, in *Harvard Law Review*, 59 (1946), pp. 381 e 392. Fuller, tra l’altro, rimanda al “principio di polarità” di Morris Cohen. Questo aspetto è discusso in P.R. Teachout, “The Soul and the Fog: An Essay on Reading Fuller”, in *Minnesota Law Review*, 70 (1986), pp. 1105-1110.

<sup>3</sup> In questa prospettiva, ove il termine emergenza è declinato al plurale, si rinvia allo *special issue* a cura di L. Franzese e A. Incampo, “Emergenze”, in *L’Ircocervo*, 20 (2021), n. 1.

<sup>4</sup> Al riguardo, N. Irti, “La crisi della fattispecie”, in *Riv. dir. proc.*, 2014, p. 41. Ed ancora, N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 19 ss.

<sup>5</sup> Il riferimento alla “metodologia giuridica” che, nel significato dato da L. Lombardi Vallauri, *Corso di filosofia del diritto*, Cedam, Padova, 1981, p. 4, si riferisce essenzialmente all’attività del giurista, sembra appropriato. Per Fuller, infatti, il giurista e, in particolare, il giudice come l’avvocato, hanno un ruolo ben preciso come “architetti” delle strutture sociali. Ecco perché anche la *legal education*, a cui dedica molti contributi, assume un ruolo centralissimo nella costruzione stessa dell’ordine sociale e delle istituzioni, giacché l’area del giuridico non si divide solo tra legislazione e giurisdizione. Sui caratteri della “*legal mind*” e della “*engineering mind*” e, in generale, della *legal education* dell’avvocato (a cui il filosofo ha dedicato dodici articoli), non solo immerso nella *litigation*, ma anche proteso a verificare se le persone stiano facendo le cose giuste si veda L.L. Fuller, “Positivism and Fidelity to Law”, in *Harvard Law Review*, 71 (1958), n. 4, p. 643; cfr. anche L.L. Fuller, “The Legal Mind”, in *Atlantic Monthly*, 152 (1933), pp. 93-94; L.L. Fuller, “A Memorandum on the Teaching of Law”, in H.J. Berman (a cura di), *On the Teaching of Law in the Liberal Arts Curriculum*, Foundation Press, New York, 1965; L.L. Fuller, “The Role of the Lawyer in Labor Relations”, in *American Bar Association Journal*, 41 (1955), pp. 342-345. Sul metodo socratico in Fuller, si rinvia alle analisi di A. Callegari, *Liberalismo, Rule of Law. Diritto nel pensiero di Lon L. Fuller*, Aracne, Roma, 2013, pp. 44-49.

<sup>6</sup> L.L. Fuller, *The Problems of Jurisprudence*, Temporary Edition, Foundation Press, New York, 1949, p. 694.

[*implicit law*] radicati nell'ordine sociale. Entrambi hanno il loro bel peso per la comprensione della giuridicità, poiché il diritto non può essere ricondotto alla sola "volontà esplicita" [*fiat*] o alla "pura ragione implicita" [*reason*], ma servono entrambe.

È questa una interessante chiave di lettura già offerta dalla concezione del diritto del filosofo americano Lon L. Fuller (1902-1978)<sup>7</sup>. La sua opera è d'altronde al centro del pensiero contemporaneo che non si rassegna alla dicotomia profonda tra fatti e valori, tra *essere* e *dover essere*<sup>8</sup>.

A manifestare la natura composita e multiforme del concetto di diritto vi è, in particolare, la dimensione tacita dell'esperienza giuridica. È il mondo, soprattutto, della *morale dell'intenzionalità*. Essa ha un ruolo decisivo sia nella costruzione dei modelli di vita sociale, sia nel loro mantenimento effettivo. In che termini? Alcune risposte si rinvengono proprio nell'"architettura" teorica del filosofo texano<sup>9</sup>.

## 2. Metodologia procedurale in Fuller

A voler tracciare un quadro preliminare, seppure sintetico, sull'opera di Fuller è possibile scorgere due nuclei: uno strettamente critico nei confronti del formalismo giuridico (la *pars destruens*) ed uno propositivo (la *pars costruens*).

Nella parte eminentemente critica, sono contestate le tesi formalistiche che riducono il diritto a mera forza o a un carattere coercitivo-sanzionatorio; e ciò in quanto il diritto non si identifica solamente con il potere sovrano o dello Stato, né tantomeno si traduce in un semplice strumento di controllo sociale.

<sup>7</sup> La sua figura può annoverarsi tra i più originali e suggestivi interpreti del concetto di diritto del secolo scorso. È il giudizio, tra gli altri, di D. Luban, "Rediscovering Fuller's Legal Ethics", in W.J. Witteveen, W. Van Der Burg (a cura di), *Rediscovering Fuller: Essays on Implicit Law and Institutional Design*, Amsterdam University Press, Amsterdam, 1999, p. 194.

<sup>8</sup> La notorietà di Fuller è legata principalmente, secondo le interpretazioni più ricorrenti, al suo "antipositivismo" che emerge, in particolare, nel famoso dibattito con Herbert Hart. Confronto che, secondo molti, lo avrebbe visto solo apparentemente sconfitto. Al riguardo, cfr. K. Rundle, *Forms Liberate. Reclaiming the Jurisprudence of Lon L. Fuller*, Hart Publishing, Oxford, 2013, p. 1. L'influenza di Fuller sul pensiero di Dworkin e Alexy, oltre al confronto con la riflessione di Bruno Leoni, è analizzata da A. Porciello, *Principi dell'ordine sociale e libertà individuale. Saggio sulla Jurisprudence di Lon L. Fuller*, Edizioni ETS, Pisa, 2016; il raffronto con Bruno Leoni è anche in A. Callegari, *op. cit.*, interessante anche per il significato politico della riflessione fulleriana sul diritto. Ed anche K. Rundle, *op. cit.*, pp. 162 e 174 ss. ritiene che il progetto filosofico di Fuller abbia inciso significativamente sulla speculazione di Dworkin.

<sup>9</sup> Fuller fa spesso riferimento ai suoi scritti sia all'architettura, sia all'arte della carpenteria per illustrare il concetto di diritto inteso, non a caso, come una "impresa finalizzata". Si veda, ad esempio, L.L. Fuller, "Means and Ends", in L.L. Fuller, *The Principles of Social Order. Collected Essays of Lon L. Fuller* (con una *Introduction* di K.I. Winston), Hart Publishing, Oxford, 2001, p. 64; L.L. Fuller, "The Lawyer as Architect of Social Structure", in L.L. Fuller, *The Principles of Social Order*, cit., pp. 285-291.

In quella propositiva, invece, si parte dall’idea che il diritto costituisca un fatto dell’esperienza umana oscillante tra due estremi, la “morale del dovere” [*morality of duty*], da un lato, e la “morale dell’intenzionalità” [*morality of aspiration*], dall’altro. Due facce della stessa medaglia: la “morale del dovere” indica la strada verso la “morale dell’intenzionalità”, laddove quest’ultima sembra spiegare la finalità e la direzione della prima per fare un uso eccellente della vita. Sullo sfondo vi è la questione della *Grande Divisione* tra fatto e valore, tra “essere” [*is*] e “dover essere” [*ought to be*] e, più in generale, la questione del nesso mezzo-fine.

La riflessione sul punto e sulle sue molteplici implicazioni ha origine dalla insoddisfazione del giusfilosofo verso la letteratura sul rapporto tra diritto e morale, responsabile, in primo luogo, di non aver definito il significato della morale (che in Fuller inerisce alla vita stessa a cui il diritto necessariamente si rapporta) e, in secondo luogo, colpevole di avere relegato la trattazione di tale rapporto alle tesi intorno alla “giustizia legale” (intesa come esigenza formale che casi simili ricevano simile trattamento), trascurando la moralità delle procedure interne al diritto. Profilo, questo, che coincide con l’esigenza di “chiarire le direzioni degli sforzi umani essenziali per mantenere in vita un ordinamento giuridico, anche un ordinamento i cui obiettivi ultimi possano essere sbagliati o funesti”<sup>10</sup>. E il diritto, che è la più alta manifestazione di interazione e “propositività” umana, si muove principalmente nel campo della *morality of aspiration*. La sua qualità primaria, infatti, non è punitivo-sanzionatoria<sup>11</sup>, come ad esempio per Kelsen, ma propositivo-teleologica<sup>12</sup>, dal momento che l’esperienza giuridica tende alla realizzazione della *civitas maxima*, preservando la convivenza tra gli uomini in base a regole di correttezza ed equità. E quale *purposive activity*, *essere e dover essere* appaiono sovrapposti.

<sup>10</sup> Sin da subito Fuller chiarisce che la corretta considerazione della moralità intrinseca è di per sé in grado di limitare la varietà degli scopi sostanziali che possono essere perseguiti con le norme giuridiche. Cfr. L.L. Fuller, *La moralità del diritto*, Giuffrè, Milano, 1986, pp. 11, 20, 28, 39, 60 e 220. In questo senso, secondo il filosofo, è sufficiente creare le condizioni che permettano ad un uomo di elevarsi piuttosto che metterlo spalle a muro. Peraltro, già in *Positivism and Fidelity to Law*, cit., p. 636, Fuller sosteneva che: “*Coherence and goodness have more affinity than coherence and evil. Accepting this belief, I also believe that when men are compelled to explain and justify their decisions, the effect will generally be to pull these decisions toward goodness, by whatever standards of ultimate goodness there are*”.

<sup>11</sup> E così, ad esempio, se la morale del dovere è compatibile con le sanzioni (“non lodiamo un individuo, né gli conferiamo onori, perché egli si è conformato alle condizioni minime del vivere sociale” ricorda Fuller), per quella dell’intenzionalità premi e lodi giocano un ruolo primario. Ma più sono alti i risultati a cui la morale dell’intenzionalità tende, meno i soggetti sono capaci di valutare la propria impresa. Per tale ragione, se la decisione nello spazio del dovere è formalizzabile, i processi decisionali per conferire premi sono più informali. La tesi si lega all’idea, che ha origine nel senso comune, secondo cui è più semplice individuare *standards* obiettivi per valutare forti deviazioni dalla perfezione che non per giudicare le attività umane prossime al bene assoluto. Cfr. L.L. Fuller, *La moralità del diritto*, cit., pp. 42-45.

<sup>12</sup> Sul carattere *value-laden* del concetto di diritto in Fuller si veda A. Callegari, *op. cit.*, pp. 57-83.

È chiaro che la morale dell'intenzionalità tende al bene la cui nozione è, tuttavia, molto incerta. Il moralista, invero, non è in grado di definire compiutamente lo scopo più alto della vita affinché essa possa essere "buona". Nella scala dell'*aspiration*, pertanto, soccorre il concetto aristotelico di "giusto mezzo" che consente a Fuller non solo di vedere l'esperienza umana e, quella giuridica, come una questione di grado, ma di rivalutare la nozione di "equilibrio" [*balance*].

In questo modo, il fenomeno giuridico non viene visto come un fatto semplice, ma estremamente complesso e multiforme, pur riconducibile ad unità.

Su tali basi, Fuller ritrova nell'esperienza umana alcune condizioni procedurali senza le quali verrebbe meno l'ideale del *rule of law* che, a suo parere, quale limite all'esercizio del potere, consiste nell'assoggettare gli uomini al governo di norme attraverso la loro stessa partecipazione. Si tratta, dunque, di vere e proprie costanti necessarie per il "buon ordine" attraverso il diritto<sup>13</sup>:

Queste leggi naturali non hanno nulla a che fare con qualsiasi 'onnipresenza che sovrasti i cieli'. [...]. Esse rimangono completamente terrene nella loro origine e nella loro applicazione. Non sono leggi 'più alte'; se una qualche metafora secondo il criterio dell'elevatezza è appropriata esse dovrebbero dirsi leggi 'più basse'. Sono come le leggi naturali della carpenteria, o almeno come quelle leggi rispettate da un carpentiere il quale voglia che la casa alla quale lavora duri e serva allo scopo di coloro che ci vivono. [...] Un modo conveniente (anche se non del tutto soddisfacente) di descrivere la distinzione fatta, è quello di parlare di una legge naturale procedurale come distinta da una legge naturale sostanziale. Quella che ho chiamato la morale intrinseca del diritto è in questo senso una versione procedurale del diritto naturale, sebbene, per evitare equivoci circa il termine 'procedurale', si dovrebbe intenderlo in un senso particolare ed ampio, tale da poter includere, ad esempio, il riferimento ad una conformità sostanziale fra l'azione ufficiale e la legge emanata. Il termine 'procedurale' è comunque molto appropriato, in quanto capace di indicare che non siamo interessati agli scopi sostanziali delle norme giuridiche, ma ai *modi* in cui un sistema di norme volto a governare la

<sup>13</sup> Il lavoro che raccoglie i saggi di Fuller circa il suo progetto di buon governo (*rectius* di "buone leggi") è contenuto in *The Principles of Social Order*, cit. Il curatore di quest'opera tenta di presentare i differenti modelli di ordine sociale che il filosofo americano ha individuato durante tutta la sua speculazione. Si introduce, così, l'"eunomia" fulleriana, termine di origine aristotelica nell'accezione di "buon diritto" che compare per la prima volta in L.L. Fuller, *The Problems of Jurisprudence*, cit.

Tra le forme di ordine sociale vi è il diritto le cui condizioni di moralità intrinseca sono: (i) generalità; (ii) pubblicità; (iii) tendenziale irretroattività; (iv) chiarezza; (v) non-contraddittorietà; (vi) efficacia; (vii) stabilità; (viii) congruenza tra norme e loro effettiva applicazione.

condotta umana deve essere costruito ed amministrato se ha da essere *efficace* ed allo stesso tempo rimanere ciò che si propone di *essere*<sup>14</sup>.

Nasce così la visione di un “diritto naturale procedurale” che, pur se distinto, si collega comunque al “diritto naturale sostanziale”<sup>15</sup>.

### 3. Moralità intrinseca del diritto

La tesi di Fuller è particolarmente interessante: le procedure rappresentano condizioni significativamente *deontiche* dell’esperienza giuridica. Non sono pochi a riportare la teoria procedurale del diritto (la teoria “*process oriented*”) sul terreno del vuoto formalismo. Ma la direzione intrapresa dal giusfilosofo è un’altra. È vero, infatti, che l’approccio procedurale non parte da un’idea sostanzialistica ed esterna del bene (si pensi ai giusnaturalismi tradizionali). Ciò, tuttavia, non significa affatto che le strutture portanti o le procedure formali del diritto non abbiano un proprio statuto morale.

E tuttavia anche la grandiosa macchina delle procedure può produrre il male. È l’interrogativo principale di Hart rivolto a Fuller nell’articolo *Positivism and the Separation of Law and Morals* (1958): “le leggi, per quanto moralmente inique, continuano ad essere leggi”, afferma il filosofo britannico<sup>16</sup>. Secondo Hart, infatti,

<sup>14</sup> La traduzione italiana, ma con la sola aggiunta dei corsivi, è di Alessandro Dal Brollo, *La moralità del diritto*, cit., pp. 130-131. Già nello scritto di L.L. Fuller, “Reason and Fiat”, cit., p. 379, il giusfilosofo constatava che: “*for many the term ‘natural law’ still has [...] a rich, deep odor of the witches’ caldron, and the mere mention of it suffices to unloose a torrent of emotions and fears*”. *Insoddisfatto, sentiva di dover discutere “the notion that adherents of natural law are committed to ‘absolutes’, while those who reject it are relativists. This is a distinction commonly accepted on both sides*”. Cfr. anche L.L. Fuller, “American Legal Philosophy at Mid-Century. A Review of Edwin Patterson’s *Jurisprudence, Men and Ideas of the Law*”, in *Journal of Legal Education*, 6 (1954), n. 4, p. 467.

<sup>15</sup> La concezione del diritto di Fuller si distingue da quella di diritto naturale di San Tommaso d’Aquino. Mentre quest’ultimo propone l’idea di un diritto naturale sostanziale, il primo introduce una visione procedurale dello stesso. Tuttavia, riferendosi all’Aquinato, Fuller ammette: “[...] *I personally have found him full of useful wisdom on matters of law and government*”. Cfr. L.L. Fuller, “Jurisprudence. Its American Prophets, by H.G. Reuschlein, Book Review”, in *Louisiana Law Review*, 12 (1952), p. 535. Lo stesso P. Selznick, “Anatomy of the Law, by Lon L. Fuller, Book Review”, in *Harvard Law Review*, 83 (1970), n. 6, pp. 1474-1480 definisce la visione fulleriana come “legal naturalism”. Ad ogni modo, Fuller è chiaro nel non aderire alla tradizione di diritto naturale sostanziale. Cfr. L.L. Fuller, “A Rejoinder to Professor Nagel”, in *Natural Law Forum*, 3 (1958), pp. 83-84.

<sup>16</sup> H.L.A. Hart, “Positivism and the Separation of Law and Morals”, in *Harvard Law Review*, 71(4), 1958, pp. 593-629. In alcuni capitoli dell’opera più importate, *La moralità del diritto*, cit., Fuller si confronta criticamente e sistematicamente con il pensiero filosofico-giuridico anglo-americano. Ciò accade a più riprese, non solo in alcuni passaggi del manoscritto, ma soprattutto nel terzo capitolo (che non a caso richiama il titolo dell’opera più famosa di Hart) ed appositamente nel quinto capitolo che è stato aggiunto nella seconda edizione del 1969. In particolare, l’acceso confronto tra Fuller e Hart è sviluppato in due articoli: *Positivism and Fidelity to Law* del primo, scritto in risposta a

nulla vieta che i principî di moralità interna possano essere compatibili anche con l'ingiustizia, sicché non vi sarebbe una connessione necessaria tra procedure giuridiche e giustizia. Si veda, ad esempio, il principio di chiarezza o intelligibilità delle norme. È un principio eticamente neutrale [*ethically neutral*]. Vi potrebbero cioè essere delle leggi chiare, ma eticamente inaccettabili<sup>17</sup>.

E però il punto sollevato da Fuller è un altro. Il tema non è ciò che le procedure *fanno*, ma ciò che *sono*. Il male non è creato *a causa* delle procedure; esso, semmai, si dà *nonostante* le procedure. Né potrebbe essere diversamente.

D'altronde, il diritto fondato esclusivamente su regole di efficienza (Fuller le definisce "manageriali") non è sufficiente a spiegare l'ordine sociale e la sua moralità. Anche questo è un fatto. Non lo è, proprio perché non tiene conto della reciprocità come regola giuridica fondamentale. Il potere dipende strutturalmente dall'alterità<sup>18</sup>. Non si fonda solo su chi lo possiede. Ha bisogno per essere effettivo della partecipazione dialettica di ogni *agente responsabile*. Non è mai cioè *absolutus*. Poggia in maniera decisiva sulla "validità esistenziale dalla parte del destinatario" ("*Existentialgeltung auf Seiten der Sollensadressaten*", per ripetere il lessico e il concetto straordinari di Ledig<sup>19</sup>). Le procedure stanno ad assicurare tale validità.

Almeno due, in definitiva, sono i sensi della moralità procedurale del diritto.

i) Le condizioni di *inner morality of law* guidano il soggetto verso l'idea di bene attraverso la legalità. Il percorso è certamente soggetto a differenti gradi di fallimento ed incontra diversi livelli di realizzazione. Per tale ragione, tali principî rappresentano quantomeno le condizioni minime di un ordine sociale che sia moralmente "buono". *Minima moralia*.

*Positivism and the Separation of Law and Morals* del secondo. Si veda per entrambi "Harvard Law Review", n. 71, 1958. Qualche tempo dopo, un altro dialogo interessante è tra H.L.A Hart, *Law, Liberty and Morality*, Stanford University Press, Stanford, 1963 e P.A. Devlin, *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, Oxford, 1965. Per una ricostruzione di tali dibattiti si rinvia a A. Porciello, "Diritto e morale", in M. La Torre, A. Scerbo (a cura di), *Una introduzione alla filosofia del diritto*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2003, pp. 83 ss.

<sup>17</sup> Cfr. H.L.A Hart, "Book Reviews. The Morality of Law by Lon L. Fuller", in *Harvard Law Review*, 78 (1965), n. 6, pp. 1281-1310, in particolare, pp. 1287 ss.: "[...] *The principle that laws must be clearly and intelligibly framed is incompatible [...] with the pursuit of vaguely defined substantive aims, whether they are morally good or evil [...]. There is therefore no special incompatibility between clear laws and evil. Clear laws are therefore ethically neutral thus they are not equally compatible with vague and well-defined aims.*."

<sup>18</sup> Sul tema della fragilità del potere, una interessante analisi è in B. Montanari, *La fragilità del potere. L'uomo, la vita, la morte*, Mimesis, Milano, 2013, oggetto peraltro di una ulteriore riflessione di A. Incampo, "Credenza e potere nei fatti istituzionali", in *Rivista di filosofia del diritto*, (2014), n. 2, pp. 347-360.

<sup>19</sup> L'espressione è di G. Ledig, "Zur Logik des Sollens", in *Der Gerichtssaal*, 100 (1931), pp. 368-385.

ii) Il diritto è intrinsecamente morale, poiché le procedure che lo costituiscono derivano direttamente dall’idea di soggetto responsabile, idea implicita alla stessa giuridicità.

In questo modo, ogni *radicale* violazione delle condizioni di moralità procedurale non solo conduce a un ordine “cattivo”, ma finisce soprattutto per negare il valore fondamentale della libertà e della dignità umana, al di là di ogni divergenza culturale. Lo si vede, ad esempio, in tutte le situazioni che recidono odiosamente il legame di reciprocità che lega fra loro i cittadini, e questi ultimi ai governanti.

Nel confronto tra sostanzialismo e formalismo la prospettiva fulleriana dà, dunque, risposte non usuali. Il modello procedurale evita i riduzionismi sia dell’esistenza giuridica come effettività, sia della sola validità formale (la kelseniana *Geltung*). Essa supera, in altri termini, la divisione tra diritto e società, ragione e decisione, mezzi e fini, consentendo di aprire l’esperienza giuridica al mondo dei valori, pur non iniziando da questi ultimi.

Il diritto si adegua alla società offrendo ad essa almeno lo schema con cui regolarsi e il fine da perseguire. Non è un processo facile. Si può riassumerlo in tre tesi.

*Prima tesi.* Le procedure sono il medio tra diritto e società in senso kantianamente trascendentale. La loro moralità non cade né nell’idea sostanzialista del bene messo davanti e fuori dalle procedure, né nella visione nichilista delle procedure come semplici fatti e non valori.

*Seconda tesi.* La *inner morality* si attua per gradi passando dalla morale del dovere a quella dell’intenzionalità. La morale dell’intenzionalità è l’ideale adempimento del dovere secondo gradi diversi di adesione da parte del soggetto alla norma.

*Terza tesi.* La morale dell’intenzionalità crea le basi di rapporti giuridici che fanno leva su forme più implicite che esplicite.

E proprio su quest’ultima tesi si concentreranno le riflessioni che seguono. C’è, infatti, una dimensione implicita della giuridicità che è forse il senso maggiore della *inner morality of law*<sup>20</sup>. Ad essere chiamati in causa sono, invero, le azioni radicate sia nei “nuclei stessi essenziali dell’esperienza e della natura dell’uomo”<sup>21</sup>, sia nella “natura delle cose” [*Natur der Sache*]<sup>22</sup>.

#### 4. Dimensioni implicite della giuridicità

<sup>20</sup> K. Rundle, *op. cit.*, p. 100, sottolinea che la concezione fulleriana dell’individuo come agente responsabile e cioè come persona che è capace di autodeterminarsi e scegliere, attraverso la partecipazione attiva e la cooperazione, ha connessioni con la concezione greca di cittadino.

<sup>21</sup> Sul punto A. Dal Brollo, *op. cit.*, pp. 79-80.

<sup>22</sup> G. Radbruch, “La natura delle cose come forma giuridica del pensiero”, in *Riv.int. fil. dir.*, III, 21 (1941), p. 145

Il diritto implicito non è separato dal *made law*. Semmai, il diritto esplicito dà forma ai bisogni interni degli uomini (singoli e associati) e alle relative aspettative<sup>23</sup>. Come osserva Gerald Postema, “l’esistenza e i contenuti del diritto esplicito dipendono da una rete di tacite intese e accordi non scritti, radicati sul terreno delle interazioni sociali”<sup>24</sup>. Il *made law* è il prodotto soprattutto di cause implicite.

Gli elementi impliciti (principalmente di tipo procedurale) sono, ad esempio, alla base della creazione stessa di norme. Ne dettano le condizioni di validità. Basti pensare alle aberrazioni giuridiche come quelle perpetrate dal regime nazista. Queste non sono altro che il superamento della dimensione tacita del diritto i cui limiti si ritrovano nel senso comune o nell’ordinaria idea di “*decency*”<sup>25</sup>.

Per chiarire il concetto, Fuller immagina una Costituzione redatta con grande cura e che contiene norme di struttura attributive di potere e regolative dei modi di produzione di altre norme<sup>26</sup>. In osservanza alle regole, il Parlamento eletto potrebbe emanare un primo atto ufficiale del seguente tenore: “Tutte le leggi che il Parlamento emanerà da questo momento in poi dovranno essere tenute segrete ai

<sup>23</sup> Appare interessante una considerazione che peraltro si collega al tema fulleriano del necessario nesso mezzo-fine: la questione del rapporto tra *implicit law* ed *explicit law* in Fuller, rilevante per la comprensione del fenomeno giuridico nel contesto delle interazioni sociali, rievoca in un certo qual modo l’analisi condotta da Adolf Reinach, *I fondamenti a priori del diritto civile*, sulla stretta relazione intercorrente tra atti sociali (che rappresenterebbero il *genus*) e gli atti giuridici (la *species*) in base al quale gli atti sociali divengono efficaci attraverso la relativa formalizzazione in atti giuridici, pur mantenendo la loro esistenza a prescindere da quella giuridica. I primi, tuttavia, sono essenziali per i secondi. Con quale conseguenza? Per Reinach l’essere [*Sein*] al quale appartengono le relazioni essenziali è, a sua volta, *dover essere* nel significato di “ciò che non può essere” [*Müssen*]. Sicché il piano giuridico e quello delle leggi *a priori* degli atti sociali non sono distinti, ma si sovrappongono. Sul tema cfr. A. Reinach, “Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes”, in *Jahrbuch für Philosophie und Phänomenologische Forschung*, 1 (1913), pp. 685-847 (traduzione italiana di D. Falcioni: *I fondamenti a priori del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 1990). Al riguardo, si rinvia ad un recente studio di ontologia sociale a cura di O.G. Loddo, *Manifestare gli atti sociali. Canali della giuridicità dopo Reinach*, FrancoAngeli, Milano, 2020 ed in particolare alle riflessioni nella prefazione di A. Incampo, “Pluralità di forme, unità di essenze negli atti giuridici. Prefazione a uno studio su Adolf Reinach”, in O.G. Loddo, *op. cit.*, pp. 9-14. Analogamente, la dimensione implicita della giuridicità in Fuller rappresenta il sostrato necessario, tipico delle leggi di essenza, del diritto esplicito. Quest’ultimo non è tuttavia irrilevante, perché rafforza e rende effettivi gli obblighi impliciti, dando loro forma oggettivamente sensibile.

<sup>24</sup> G.J. Postema, “Implicit Law”, in *Law and Philosophy*, 13 (1994), n. 3, p. 361: “*the existence and content of explicit law depend on a network of tacit understandings and unwritten conventions, rooted in the soil of social interaction*” (trad. mia).

<sup>25</sup> L.L. Fuller, *Anatomy of the Law*, Praeger, New York, 1968, p. 61. La rilevanza del senso comune in Fuller sembra rievocare il concetto aristotelico di *eikos* che in *Retorica*, a proposito del processo, Aristotele indica tra le premesse endossali ossia le opinioni che sono immediatamente più degne di attenzione o per il loro grado di diffusione o per l’autorevolezza di chi le professa. Si veda S. Fuselli, “Al di là di ogni ragionevole dubbio: profili logici ed epistemologici”, in A. Incampo, A. Scalfati (a cura di), *Diritto penale e ragionevole dubbio*, Bari, Cacucci, pp. 49 ss.

<sup>26</sup> L’argomento è sviluppato in particolare da A. Porciello, “L’idea di diritto implicito: un ipotetico dibattito tra Lon L. Fuller e Robert Alexy”, in *Diritto&Questioni Pubbliche*, 1 (2017), pp. 333-335. Gli esempi sono contenuti in L.L. Fuller, *Anatomy of the Law*, cit., pp. 60 ss.

cittadini”. A prima vista, una disposizione del genere non violerebbe espressamente alcuna norma prevista dalla Costituzione<sup>27</sup>. Non c’è, infatti, alcuna norma che stabilisce l’obbligo a carico dell’organo legiferante di rendere noto il contenuto dei documenti emananti<sup>28</sup>. Il punto è che tale obbligo è implicito nell’idea stessa di diritto, della sua moralità procedurale e delle aspettative reciproche dei consociati<sup>29</sup>. E cosa dire di una “legge completamente incomprensibile? Di una legge che contraddice sé stessa? Di una legge che richiede un dovere che va oltre le capacità umane? Oppure ancora, di una legge retroattiva che dichiara illegale un’azione che era pienamente lecita al tempo del suo compimento?”<sup>30</sup>. Il diritto è anche *praeter legem*.

Neppure lo speciale statuto giuridico della *made law* costituzionale (“un tipo di diritto esplicito più alto pienamente capace di rispondere alla questione se un dato atto legislativo possa essere chiamato legge”<sup>31</sup>) è in grado di superare la questione di regole sempre vigenti, al di sopra di ogni legislazione. E ciò per almeno quattro ordini di ragioni, collegati al problema fondamentale delle lacune<sup>32</sup>: i) innanzitutto, perché le costituzioni non contengono tutte le regole che solitamente sono violate da chi commette aberrazioni giuridiche, sicché presentano lacune *praeter legem*; ii) c’è poi il problema delle lacune nell’ipotesi astratta in cui la costituzione abbia regolato tutti i casi, creando però lacune *intra legem*, in ragione cioè della presenza e non dell’assenza di una legge; iii) non mancano, tra l’altro, in

<sup>27</sup> L.L. Fuller, *Anatomy of the Law*, cit., p. 61: “*There is in this act no violations of the language of the constitution*”.

<sup>28</sup> Fuller sottolinea come l’esempio non sia una astratta e remota ipotesi; basti pensare che in tema di pubblicità delle leggi nulla è previsto nella Costituzione degli Stati Uniti (*Ibidem*: “[it is] in this respect like the Constitution of the United States”).

<sup>29</sup> Non sono pochi ad aver riletto il diritto positivo alla luce delle implicite aspettative dei destinatari, al di là del diritto esplicito. Cito, solo per fare un esempio, l’inammissibilità dell’errore sul divieto in molte sentenze dei tribunali penali internazionali. Ci si riferisce alla cogenza del diritto sovraleale oltre le leggi scritte: esso vige in forza della sua necessità e di un grado massimo di approvazione da parte di tutti. Le implicazioni, pratiche oltre che teoriche, sono state colte anche dalla giurisprudenza costituzionale sul terreno del rapporto fondamentale tra conoscenza legale e legge penale. È questo il tema della nota sentenza della Corte Costituzionale italiana (24 marzo 1988, n. 364) che esclude dall’ignoranza inescusabile della legge penale l’ignoranza inevitabile. Cfr. Corte Costituzionale, 24 marzo 1988, n. 364, in *Giurisprudenza costituzionale*, I (1988), p. 1522, redatta da Renato Dell’Andro secondo cui: “Un precetto penale ha valore, come regolatore della condotta, non per quello che è, ma per quello che appare ai consociati. E la conformità dell’apparenza all’effettivo contenuto della norma penale deve essere assicurata dallo Stato che è tenuto a favorire, al massimo, la riconoscibilità sociale dell’effettivo contenuto precettivo delle norme”. La sentenza è, tra l’altro, citata in A. Incampo, *Metafisica del processo. Idee per una critica della ragione giuridica*, Cacucci, Bari, 2016<sup>2</sup>, pp. 331-332.

<sup>30</sup> L.L. Fuller, *Anatomy of the Law*, cit., p. 61: “*What shall we say of the wholly unintelligible laws? The statute with an internal contradiction such that it appears to nullify itself? The law that purports to impose a duty to perform some act that lies beyond human capacities? The retrospective law declaring illegal an act that was perfectly lawful when performed?*”.

<sup>31</sup> L.L. Fuller, *Anatomy of the Law*, cit., p. 62: “[...] a kind of man-made ‘higher law’ fully capable of answering the question whether a given-legislative act is entitled to be called a law” (trad. mia).

<sup>32</sup> A. Porciello, “L’idea di diritto implicito”, cit., pp. 337-340.

certe situazioni (si pensi alla stato di emergenza) casi addirittura di deroga di alcune regole costituzionali; *iv*) infine, ed è forse l'argomento più rilevante, anche le regole costituzionali hanno bisogno di essere interpretate: esse non sono né più e né meno di un atto di legislazione.

Le fonti, allora, non sono solo nel *made law*. Vi sono anche “*implicit sources*”. In situazioni straordinarie, il grado di effettività delle istituzioni sociali non deriva dalla mera obbedienza alle leggi (ciò che si deve solo nei confronti di un potere autoritario), ma dal grado di cooperazione (e partecipazione) dei destinatari ai processi giuridici.

Se ne comprende ancor di più la portata osservando il *judge made law*. Alla base del diritto formato nelle Corti vi è fondamentalmente il ragionamento giuridico che, attraverso lo studio e la comprensione dei casi, passando per un'attività collaborativa in cui sono persino condivisi diacronicamente i fini con i predecessori (nella logica del precedente), scopre e descrive tutto il “materiale vivente”<sup>33</sup>. Si tratta di un'attività creativa, seppure vincolata alla responsabilità del giudice, di un nuovo diritto non solo dal diritto che c'è, ma anche da quello che non c'è<sup>34</sup>. Ebbene, solo un approccio propositivo e intenzionale da parte del giudice è in grado di comprendere il carattere finalistico dell'esperienza umana e di quella giuridica in quanto tale<sup>35</sup>. In altre parole, la logica della intenzionalità è la logica dei casi complessi [*hard cases*]<sup>36</sup>. Si prenda l'interpretazione. L'esigenza di leggere le disposizioni normative “tra le righe” porta a sovrapporre necessariamente il piano fattuale a quello valoriale fino a renderli in parte indistinguibili<sup>37</sup>. L'interpretazione del diritto non può limitarsi ed essere “plain-meaning” sia che si tratti del contratto privato, sia che si parli della legge o degli stessi casi giurisprudenziali. L'interpretazione va sempre rapportata allo scopo proprio di ogni forma relazionale considerata. Non è affatto un'attività meccanica. Postula innanzitutto una certa responsabilità da parte del giudice il quale, nel decidere i casi vivi, guarda anche al futuro<sup>38</sup>. C'è di più. La ricerca degli *standard* di decisione è frutto del confronto tra la struttura del sistema e la “comprensione” empatica del contesto sociale<sup>39</sup>.

<sup>33</sup> L.L. Fuller, *The Law in Quest of Itself*, Northwestern University Press, Evanston, 1940, p. 132.

<sup>34</sup> L.L. Fuller, *Anatomy of the Law*, cit., p. 96; L.L. Fuller, “Reason and Fiat in Case Law”, cit., p. 378; L.L. Fuller, *Legal Fictions*, Stanford University Press, Stanford, 1967, p. 113.

<sup>35</sup> L.L. Fuller, “Reason and Fiat”, cit., p. 376.

<sup>36</sup> Cfr. W. Powers Jr., “Lon L. Fuller, by Robert Summers, Book Review”, in *Duke Law Journal*, 34 (1985), p. 221.

<sup>37</sup> La necessità di leggere il diritto “tra le righe” è affrontata in “The Case of Speluncean Explorers”, in *Harvard Law Review*, 62 (1949), n. 4, pp. 616-645. Lo scritto è stato tradotto da Andrea Porciello in un contributo interessante con saggio introduttivo, pareri conclusivi ed epilogo dello stesso Porciello: si veda L.L. Fuller, A. Porciello, *Il caso degli speleologi di Lon L. Fuller e alcuni nuovi punti di vista. Un approccio alla filosofia del diritto attraverso dieci pareri di fantasia*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2012.

<sup>38</sup> L.L. Fuller, “Reason and Fiat”, cit., p. 378.

<sup>39</sup> *Ivi*, p. 379

Quest’ultimo aspetto dà conto della rilevanza della cultura per il processo ermeneutico.

Una fenomenologia interessante si rinviene, ad esempio, nel campo dei “contratti ad obbligazioni imperfette”. Sono tipi di contratto in cui c’è da tutelare il legittimo affidamento (*reliance cases*) che la concezione ortodossa o classica (non interessata allo *status* giuridico delle parti contraenti o agli interessi oggetto dell’accordo) aveva sino a quel momento escluso<sup>40</sup>. Non basta cioè dire che il contratto sia valido o meno (ciò che Fuller etichetta come “fase logica”); occorre anche considerare la “fase politica” degli interessi sociali ed etici coinvolti nell’esecuzione del programma negoziale<sup>41</sup>. Fase logica e fase politica non sono che il rovescio del rapporto tra *made law* e *implicit law*<sup>42</sup>.

## 5. Una fenomenologia ancora attuale

È chiaro che tale visione è influenzata dalla tradizione giuridica di *common law*, soprattutto nord-americana<sup>43</sup>. A condizionare l’impianto teorico di Fuller vi è innanzitutto la primaria importanza del diritto giurisprudenziale nel panorama delle fonti ed il ruolo del giudice a cui non a caso assegna il compito di operare i necessari “aggiustamenti” per regolare le condotte attraverso il diritto. Al giudice affida

<sup>40</sup> Ci si riferisce all’idea formalistica o classica di Williston, Langdell e Holmes. In particolare, la critica è rivolta a Samuel Williston autore della celebre *A Treaties on the Law of Contracts*, volumi 1-8, Woorhis&Co., New York, 1938 il quale avrebbe portato la riflessione giuridica sul tema della dicotomia contratto-non contratto senza considerare tutte quelle fattispecie che richiedono diversi rimedi come quelli della *restitution*, dell’*expectation damages* o dei *reliance damages*. Si deve evidenziare che Fuller, nella sua battaglia contro tale dicotomia, aveva proposto di aprire il suo corso parlando dei “rimedi” e non della stipulazione del contratto. La riflessione sul contratto è condotta da L.L. Fuller, “Williston on Contracts”, in *North Carolina Law Review*, 18 (1939), pp. 1-15.

<sup>41</sup> *Ivi*, pp. 8-9.

<sup>42</sup> *Ivi*, p. 12. Occorre ricordare che insieme a William Perdue, Fuller aveva condotto la sua battaglia contro la rigida applicazione della *consideration* e del *bargain principles* al fine di elaborare alcuni rimedi per i casi di ingiustizia contrattuale tutte le volte in cui si fosse violato il legittimo affidamento delle parti contrattuali. Cfr. L.L. Fuller, W.R. Perdue, “The Reliance Interest in Contract Damages, 1”, in *The Yale Law Journal*, 46 (1936), pp. 52-96; L.L. Fuller, W.R. Perdue, “The Reliance Interest in Contract Damages, 2”, in *The Yale Law Journal*, 46 (1937), n. 3, pp. 373-420. Secondo Fuller e Perdue, i rimedi dei contratti devono considerare gli interessi delle parti individuando tre categorie: *restitution*, *reliance* e *expectatiton*. La regola rimediale tipica, la *expectatiton*, è la più debole perché non compenserebbe la perdita subita dal promissario con l’arricchimento ingiusto del promittente che, quindi, è incentivato all’inadempimento. Il *reliance interest* invece fa recuperare al promissario quanto avrebbe ottenuto in caso di adempimento. Tale battaglia ha portato alla redazione, nel 1979, di una nuova section 90 del *Restatement Second of Contract*. Si veda anche L.L. Fuller, “Consideration and Form”, in *Columbia Law Review*, 41 (1941), n. 5, pp. 799-824 e L.L. Fuller, *Basic Contract Law*, West Publishing Company, St. Paul. Minn, 1947.

<sup>43</sup> Non a caso, nel confronto tra i paesi di *civil* e di *common law*, il giurista sostiene che il metodo del *case law* proprio del *common law* riesca meglio a equilibrare tra *essere* e *dover essere*, tra volontà e ragione, tra fatto e valore. Cfr. L.L. Fuller, “Reason and Fiat in Case Law”, cit., pp. 391-392.

persino la possibilità di sindacare ed eventualmente invalidare il contenuto delle leggi e degli atti di governo se in contrasto con la moralità procedurale. Il ruolo non meccanico del giudice nella sua attività di *jus dicere* consente, tra l'altro, un'organizzazione sociale *sub homine* e non *sub lege*, come accade invece in un sistema costruito essenzialmente sul ruolo primario del codice. D'altronde, sono gli stessi *common lawyers* che descrivono il loro diritto come un *corpus* immutabile fondato sul buon senso e sulla ragione umana; una ragione che va scoperta ed applicata alle mutate circostanze, attraverso il bilanciamento pratico tra i beni giuridici coinvolti<sup>44</sup>. In questo senso, vede bene Hegel quando afferma che il giudice risponde più alla società civile che allo Stato.

Anche il modello del precedente riverbera tale idea e difatti viene costruito sui valori impliciti resi espliciti dalla pratica giudiziale grazie al metodo, lo si è detto, del ragionamento giuridico<sup>45</sup>. In questo modo, il diritto (che è impresa cooperativa di "agenti responsabili") diviene fenomeno non meccanico o meccanizzabile, frutto della interrelazione tra regole giuridiche poste e pratiche sociali informali<sup>46</sup>.

Ebbene, pur se condizionata dalla tradizione giuridica di *common law*, la metodologia procedurale del diritto è indubbiamente feconda anche per i sistemi di *civil law*, soprattutto sul terreno vitale del rapporto tra *ius scriptum* e formante giurisprudenziale. In questo senso, il diritto dei contratti ci fornisce, ancora una volta, alcuni fenotipi interessanti. Se da un lato, infatti, nella *contract law* predominano i *made elements*, dall'altro anche il diritto contrattuale mantiene in sé forme di *implicit law* che si spiegano con il costante riferimento alle reciproche aspettative delle parti intese a regolare il loro rapporto nelle situazioni concrete

<sup>44</sup> Sul punto, U. Mattei, *Il modello di common law*, Giappichelli, Torino, 2010<sup>3</sup>, p. 143; J. Hamilton Baker, *An Introduction to English Legal History*, Butterworths, London, 1990<sup>3</sup>, p. 169. Dal carattere consuetudinario e dal valore sapienziale della *common law* discendono due corollari. In primo luogo, il giudice è vincolato all'autorità del precedente giudiziario che rappresenta la prova dell'esistenza di una certa consuetudine. In secondo luogo, per riprendere la teoria di Blackstone, il precedente non è diritto, ma prova del diritto; ed in quanto prova può fondarsi su un giudizio di esistenza errato che può essere emendato. Cfr. W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Vol. I, University Chicago Press, Chicago, 1979<sup>5</sup>.

<sup>45</sup> In "Reason and Fiat", cit., pp. 378 e 380, Fuller assegna al Giudice una peculiare responsabilità nell'individuare le decisioni giuste per il gruppo. Anche il giudice, in questo senso, è un agente responsabile che deve essere in grado non solo di comprendere il sistema giuridico e sociale, ricostruendo l'intenzione del legislatore, ma anche di mettersi nei panni dell'altro. Cfr. K. Rundle, *op. cit.*, p. 169.

<sup>46</sup> Le pratiche sociali sono composte da aspettative e propositi sociali, che costituiscono una risorsa critica per i giudici e gli altri funzionari nei casi in cui l'applicazione del diritto è resa difficile. Cfr. L.L. Fuller, "Letter from Lon Fuller to Thomas Reed Powell", in L.L. Fuller, *The Principles of Social Order. Selected Essays of Lon L. Fuller*, Duke University Press, Durham, 1981, ora in *The Principles of Social Order. Collected Essays of Lon L. Fuller*, Hart Publishing, Oxford, 2001<sup>2</sup>, pp. 331-341.

Si pensi alla ineffettività del diritto non riconosciuto dalla cultura di un ordine sociale esistente come, ad esempio, per i reati culturalmente orientati. Sul tema, K.I. Winston, "Introduction", in L.L. Fuller, *The Principles of Social Order*, cit., p. 4.

particolari, anche nell’ottica dei rimedi e degli strumenti di tutela<sup>47</sup>. È nel momento applicativo che, infatti, si consacra l’uniformità dei modelli contrattuali e si approntano efficaci strategie di riequilibrio delle posizioni contrattuali, come nel caso di *Gross Disparity* e di *Hardship*<sup>48</sup>.

E in questo senso, com’è noto, in un contesto di pluralità di fonti “codificate”, il diritto dell’Unione Europea si apre alla casistica e ai valori condivisi. Solo per citare un fenomeno particolarmente significativo, si pensi al ruolo ricoperto dall’indeterminatezza delle clausole generali (come quella di “buona fede”) nel processo di armonizzazione europea del diritto contrattuale<sup>49</sup>. Percorso, questo, che non manca di considerare il ruolo fondamentale del “diritto giurisdizionale” (il cosiddetto *Richterrecht*) derivante dalle corti soprattutto nazionali. Il carattere *equitativo* delle clausole generali sta proprio nella loro vaghezza o indeterminatezza per l’impossibilità di determinare *a priori* tutti gli elementi valutativi impliciti nelle situazioni concrete<sup>50</sup>. Non è un caso, tra l’altro, che il legislatore utilizzi concetti-valvola e clausole generali per consentire all’interprete maggiore libertà di valutazione dei fatti particolari<sup>51</sup>. Con le clausole generali – in cui si può registrare un’eccedenza “assiologica” rispetto ai contenuti normativi abituali, per citare Emilio Betti<sup>52</sup> –, al giudice è demandato il compito di integrare il dettato normativo con un apporto valutativo *quantitativamente* e *qualitativamente* diverso dall’applicazione *standard* delle disposizioni ordinarie. All’ideologia illuminista dell’automatismo dell’attività giurisdizionale, corollario della pretesa funzione dichiarativa della giurisprudenza come mera “bocca della legge”, si contrappone la funzione dialettica o retorica del discorso giudiziale chiamato costantemente a superare il divario tra diritto e società.

<sup>47</sup> È questa l’idea che emerge nel contributo di M. Robles, “Del paradigma ‘contrattuale’ nella crisi pandemica”, in *L’Ircocervo*, 20 (2021), n. 1, p. 228.

<sup>48</sup> È dunque il ritorno ad un diritto sapienziale, come quello delle grandi tradizioni, dal diritto romano alla moderna dogmatica giuridica? È l’interrogativo di A. Incampo, “*Explicit* o dell’equilibrio eterno del diritto: visioni mesofattuali di scienza giuridica”, in A. Incampo, *Filosofia del dovere giuridico*, Cacucci, Bari, 2019<sup>3</sup>, pp. 193-216. La risposta potrebbe rinvenirsi nella compilazione delle regole transnazionali delle transazioni economiche da parte di istituti internazionali come Unidroit il cui compito è quello di unificare il diritto privato e, in particolare, il diritto commerciale. Con l’effetto, ben illustrato da Antonio Incampo, di costruire un ordine fondato sui “principi dei contratti commerciali internazionali, frutto della comparazione e della mediazione culturale dei giuristi, che consentono non solo agli Stati o a gruppi di Stati l’adozione di legislazioni uniformi di diritto privato (lo prevede l’art. 1 dello Statuto), ma anche alla vita del commercio globale di regolarsi secondo le proprie regole valide un po’ dappertutto”. Ivi, p. 204. Sul punto, si veda anche A. Incampo, “Il concetto di diritto oggi. Quattro tesi sul ruolo della filosofia”, in *Teoria e Critica della regolazione sociale*, 1 (2016), pp. 33-42.

<sup>49</sup> Tale processo, nel 2009, è giunto alla progettazione del quadro comune di riferimento contenuto nei dieci libri del *Draft of a Common Frame of Reference*.

<sup>50</sup> L. Lombardi Vallauri, *op. cit.*, pp. 36-38.

<sup>51</sup> K. Engisch, *Introduzione al pensiero giuridico*, Giuffrè, Milano, 1970, pp. 196 ss.

<sup>52</sup> Il sintagma “eccedenza assiologica” è ricorrente in E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1949.

Non mancano, tuttavia, i pericoli. Il rischio maggiore è quello di separare le forme implicite da quelle esplicite del diritto. Quali mezzi ha il giudice a disposizione? Nella prospettiva procedurale di Fuller, per restare al tema dei contratti, il giudice, ad esempio, che non abbia preso parte direttamente alla negoziazione e alla stesura di un accordo, ha il compito di interpretare il contratto in base a ciò che è implicito sia alla “buona” negoziazione, sia alle pratiche sottese a una “buona” redazione dell’accordo. Solo così ristabilisce le aspettative reciproche all’origine dell’accordo esplicito delle parti. È ciò che accade, in particolare, in materia di clausole abusive, o di contratti di durata o ad esecuzione prolungata, specialmente se, con il trascorrere del tempo e il mutare delle condizioni socio-economiche, le clausole contrattuali hanno portato a risultati iniqui. È il campo della buona fede che *corregge* “intenzionalmente” il contratto sino a fissare un vero e proprio obbligo legale di rinegoziare il rapporto: si tratta della disciplina dell’*hardship*, richiamata sempre più frequentemente nei rapporti internazionali. Qui la forma per fattispecie si dissolve per richiedere un intervento che non trascuri gli interessi delle parti coinvolte chiamate a partecipare alla individuazione del rimedio e delle tutele adeguate. Appare dunque inevitabile il ricorso alla ragionevole via di mezzo mossa dall’aspirazione a ricercare, fuori dal dominio della fattispecie,

percorsi e/o strategie [...] che possano consentire [...] di perseguire obiettivi [...] che più avvicinano il contratto e l’obbligazione a livelli e/o soglie di carattere ‘più sostanziale’, perché connessi ad interessi materiali, che sono propri, nel fondo, delle condizioni ‘soggettive’ di ciascun contraente e/o debitore o creditore<sup>53</sup>.

Per non parlare di molte questioni in diritto penale, dalla funzione sempre più dialettica e cooperativa della *restorative justice*, alle implicazioni teoriche dei reati culturalmente motivati che per essere risolti non possono abbandonare il piano ermeneutico del nesso intenzionale tra la norma penale e il suo adempimento<sup>54</sup>.

<sup>53</sup> A. di Majo, “Giustizia e ‘materializzazione’ nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole di) fattispecie e (regole di) procedure”, in *Eur. dir. priv.*, 2013, p. 831. Il Riferimento è in M. Robles, *op. cit.*, p. 245 secondo cui, alludendo alla buona fede oggettiva, si può pensare ad una causa di esonero del debitore, in virtù del limite imposto al creditore dalla correttezza (art. 1175 c.c.) quando il suo interesse confligge con quello del debitore. E tanto in ossequio al peso riconosciuto alla garanzia dei diritti inviolabili dell’uomo e alla centralità delle istanze solidaristiche (art. 2 Cost.) e del principio di eguaglianza (art. 3 Cost.).

<sup>54</sup> O. Höffe, *Globalizzazione e diritto penale*, trad. it., Comunità, Torino, 2001, p. 9, proprio in merito all’importanza di considerare le differenze culturali nella determinazione ed esecuzione delle pene, sottolinea che per un criminale africano, la prigione al posto dei colpi di bastone costituisce un premio (e cioè la garanzia di un posto all’ombra e di pasti regolari), più che una vera punizione. Sulla funzione della pena e sulle incoerenze riscontrabili in fase di applicazione del diritto penale, in particolare internazionale, si veda il volume di A. Incampo, W. Żelaniec (a cura di), *Universality of Punishment*, Cacucci, Bari, 2015.

## 6. Intenzionalità e fenomeno giuridico

Se il diritto è composto da dimensione esplicita ed implicita, da piano fattuale (*fiat*) e valoriale (*reason*) insieme, vi deve essere un fattore decisivo di guida che consenta di cogliere la polarità intrinseca all’esperienza giuridica e di “ridurre lo spazio dell’irrazionale nella condotta umana”. Lo si potrebbe individuare proprio nella fulleriana *morale dell’intenzionalità*<sup>55</sup>.

Ad afferrare la dimensione implicita vi è, in definitiva, l’euristica della morale dell’intenzionalità: la sola capace di accordare armonicamente tutti gli elementi, fattuali e valoriali, integrandoli nella complessa impresa di produrre e applicare le norme giuridiche.

Il diritto ha, pertanto, più dimensioni e il metodo volto a cogliere tutti i suoi caratteri deve occuparsi anche di problemi di sociologia, economia, scienza e psicologia sociale<sup>56</sup>. Se, dunque, il diritto è fenomeno complesso, altrettanto complessa è (o deve essere) la metodologia volta a indagarlo in tutti i suoi molteplici aspetti. Aspetti che non solo si rinvergono in elementi espressi, ma anche in quelli definiti da Fuller come “*implicit laws of lawmaking*”<sup>57</sup>. Tale metodologia giuridica non è avalutativa e va finalizzata:

Nel cangiante mondo dei fatti, così come nel mutevole mondo del diritto, l’essere e il dover essere sono fusi in modo inseparabile. [...] I fatti più importanti per lo studio del diritto sono generalmente quelli che vengono definiti come morali. Essi [...] consistono [...] in tendenze e concezioni di correttezza, negli oscuri tabù e nelle nascoste reciprocità che permeano le relazioni economiche e sociali. Sono quei fatti che non passerebbero facilmente attraverso una macchina tabulatrice di Hollerith, e la cui analisi e interpretazione non richiedono né le doti di un esperto di statistica, né quelle di un buon etnologo che si muove a tentoni in un complesso e sconosciuto ambiente morale. Questo genere di fatti è stato in parte trascurato, [...] innanzitutto a causa del tentativo di riporre nell’ambito dei fatti la medesima

<sup>55</sup> Cfr. L.L. Fuller, *La moralità del diritto*, cit., pp. 16-17. Parzialmente in questo senso, ma nella prospettiva di leggere l’intera teoria della eunomia, cfr. W. Van de Burg, “The Morality of Aspiration: A Neglected Dimension of Law and Morality”, in *Erasmus Working Paper Series on Jurisprudence and Socio-Legal Studies*, 3 (2009), pp. 169-192. Il riferimento all’euristica è in A. Dal Brollo, *op. cit.*, p. 104, secondo cui l’etica fulleriana non è “meramente descrittiva, rilevatrice di dati empirici ed estrinseci relativi ai valori e ai giudizi di valore che informano le norme giuridiche”, ma è “un’etica che potrebbe nominarsi euristica ed esplicativa, in cui prendono rilievo l’origine e il fine delle regole giuridiche e dei principi assiologici in esse implicati”.

<sup>56</sup> Non basta, in altre parole, una metodologia formalistica come quella giuspositivistica. Secondo K. Rundle, *op. cit.*, p. 62: “*Much is lost if the project of legal philosophy invests its efforts, as Fuller thinks legal positivism does, in consciously diverting our attention from how law works in practice in favour of abstract claims about what is logical or necessary for its existence*”.

<sup>57</sup> L.L. Fuller, *Anatomy of the Law*, cit., pp. 87-99; L.L. Fuller, *Positivism and Fidelity to Law*, cit. p. 641.

separazione tra essere e dover essere considerata così importante per il diritto.<sup>58</sup>

Il diritto è in questo modo ricondotto nel campo delle scienze pratiche poiché l'oggetto, che è propriamente "azione" (*praxis*), non resta indipendente dal soggetto. Con la crescente rilevanza della fattualità del diritto fa capolino la sua intenzionalità e la sua dimensione relazionale. Andando "verso le cose stesse" [*zu den Sachen selbst*] si scopre che l'impresa di produrre diritto è *fondamentalmente* una impresa umana, poiché solo il soggetto è in grado di comprendere il carattere intrinsecamente teleologico e propositivo dell'attività giuridica; solo il soggetto è capace di mettere insieme le varie anime che connotano l'esperienza giuridica. È in questi termini che il discorso procedurale riconosce e rafforza il valore costitutivo della persona umana quale agente responsabile.

La scienza giuridica non può ridursi a ciò che astrattamente il legislatore ha previsto. Il testo non è mai autosufficiente, ma è un dato da cui partire per costruire la fattispecie deontica del caso concreto<sup>59</sup>. Nella sfera dell'*aspiration*, il diritto implicito fa emergere strategie e procedimenti inventivi che non poggiano semplicemente sul geometrico di inferenze e relazioni logiche di tipo algoritmico. Ne guadagna il diritto dinanzi alla complessità del mondo contemporaneo; ne guadagna la giustizia nella sua forma più alta dell'equità e della ragionevolezza.

<sup>58</sup> L.L. Fuller, *Il diritto alla ricerca di se stesso*, trad. it. con una introduzione di A. Porciello, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2015, p. 84.

<sup>59</sup> È questo il tratto nodale della scienza giuridica come "scienza pratica"; cfr. S. Pugliatti, *Grammatica e diritto*, Giuffrè, Milano, 1978, pp. 103 ss. e G. Alpa, *Giuristi e interpretazioni. Il ruolo del diritto nella società postmoderna*, Marietti, Genova, 2017, pp. 230-233.