



SAPIENZA
UNIVERSITÀ DI ROMA

DIPARTIMENTO DI DIRITTO ED ECONOMIA DELLE ATTIVITÀ PRODUTTIVE

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA IN

DIRITTO ROMANO, TEORIA DEGLI ORDINAMENTI E

DIRITTO PRIVATO DEL MERCATO

XXXII CICLO

CURRICULUM TEORIA DEGLI ORDINAMENTI – FILOSOFIA DEL DIRITTO

*MORALITÀ PROCEDURALE E
“INTENZIONALITÀ” DEL DIRITTO
IN LON L. FULLER.*

COORDINATORE:

CHIAR.MA PROF.SSA LUISA AVITABILE

TUTOR:

CHIAR.MO PROF. ANTONIO INCAMPO

CANDIDATO:

DOTT. PIERO MARRA

A.A. 2018/2019

*Moralità procedurale e
“intenzionalità” del diritto in
Lon L. Fuller.*

Piero Marra

forma dat esse

Sancti Thomae de Aquino, *De ente et essentia*.

INDICE

0. <i>Introduzione</i>	1
1. Profili metodologici.	8
1.0. La circoscritta notorietà di un filosofo originale.	8
1.0.1. Il doppio itinerario della riflessione filosofica di Lon L. Fuller.	10
1.0.2. Il dibattito italiano e straniero.	13
1.0.3. Oblio e “pregiudizi”.	17
1.1. Le molte anime del pensiero fulleriano.	23
1.2. Metodologia critica.	29
1.2.1. Il giusrealismo.	29
1.2.2. Il giuspositivismo.	33
1.2.3. Un approccio procedurale.	37
1.3. L’influenza del modello giuridico americano.	39
1.4. Attualità e riscoperta della metodologia giuridica fulleriana.	44
2. La moralità intrinseca del diritto.	49
2.0. Morale e diritto.	49
2.1. <i>Morality of duty e morality of aspiration.</i>	50
2.1.1. <i>Essere e dover essere.</i>	57
2.1.2. Un confronto tra morale ed economia dello scambio e dell’utilità marginale.	59
2.1.3. Il labile confine tra le due morali.	62
2.2. <i>Inner morality of law.</i>	65
2.2.1. Otto precetti della morale procedurale.	68
2.2.1.1. Generalità.	69
2.2.1.2. Pubblicità.	70
2.2.1.3. Tendenziale irretroattività.	72
2.2.1.4. Chiarezza.	77
2.2.1.5. Non-contraddittorietà.	78
2.2.1.6. Efficacia.	79
2.2.1.7. Stabilità.	82
2.2.1.8. Congruenza.	84
2.2.2. Elementi ideali per una definizione della legalità.	86
2.3. <i>External morality of law.</i>	90

2.3.1. Il problema dell' <i>in-group</i> .	91
2.3.2. Il diritto come esperienza dell'intenzionalità morale umana.	93
2.3.3. Il legame tra <i>inner</i> ed <i>external morality</i> .	96
2.4. Onto-assiologia del diritto.	98
3. Il "buon ordine" e le sue forme.	99
3.0. La teoria del "buon ordine".	99
3.1. Il nesso mezzo-fine e le forme per realizzare l'ordine sociale.	101
3.2. Processo, mediazione, contratto e consuetudine, legislazione.	106
3.3. La direzione manageriale.	111
3.3.1. La diversa prospettiva del legislatore e del <i>manager</i> .	112
3.3.2. Le differenti e inconciliabili visuali di Fuller e Hart su moralità della legge e validità formale.	115
3.4. La libertà positiva (<i>freedom to</i>) e la libertà negativa (<i>freedom from</i>).	129
3.5. La <i>notion of purpose</i> .	132
3.6. <i>Rule of law</i> .	135
4. Il diritto tra forme esplicite ed implicite.	138
4.0. La dimensione implicita dell'esperienza giuridica.	138
4.1. Convenzionalismo di <i>common law</i> .	140
4.2. Forme di diritto implicito: <i>customary law</i> e <i>common law</i> .	142
4.3. Forme di diritto esplicito: <i>contract law</i> e <i>enacted law</i> .	145
4.4. <i>Made law</i> e <i>implicit law</i> .	147
4.5. La morale dell'intenzionalità.	156
4.5.1. Intenzionalità e ragionamento giuridico.	159
4.5.2. Intenzionalità e validità giuridica nell'attività giurisdizionale.	164
4.6. L'idea del soggetto implicita nella giuridicità.	167
5. <i>Considerazioni finali</i> .	170
<i>Indicazioni bibliografiche</i> .	176
i. Opere di Lon L. Fuller.	
i.1. Libri.	
i.2. Articoli.	
i.3. Recensioni.	
i.4. Traduzioni.	
ii. Meta-bibliografia.	

0. Introduzione

Il concetto di diritto non è estraneo ai fatti, né è irrelato alla metodologia che nell'esperienza storica ritrova il significato e il senso essenziali dell'attività pratica del giurista. Non vi è, però, solo la fatticità [*Faktizität*] del reale a connotare il fenomeno. Anche la normatività [*Normativität*] ha il suo bel peso per la ragione giuridica, al di là di ogni visione formalistica che ignori la complessità dell'oggetto di cui si occupa. Così, se è vero che il diritto è legato al mondo dei fatti, è altrettanto vero che si tratta pur sempre di *fatti istituzionali* con un proprio statuto ontologico che discende dalla norma. Anche il momento normativo, dunque, diviene essenziale per *qualificare* i comportamenti sociali come atti giuridici. In questo senso, a voler richiamare Kant, si può dire che la società (l'*essere*) senza la norma è cieca, la norma (il *dover essere*) senza la società è vuota. Di qui la natura composita del concetto di diritto.

A cogliere tale basilare aspetto vi è la peculiare metodologia del filosofo texano Lon Luvois Fuller (1902–1978). La sua speculazione si muove sull'impervio terreno di pensiero giuridico nord-americano. Pensiero per certi aspetti lontano (almeno con riferimento agli orizzonti di precomprensione, ai metodi e allo stile) dalla cultura

filosofica continentale, poco avvezza ad epistemologie spiccatamente orientate al *case method*. L'analisi del giusfilosofo, tuttavia, pur emergendo direttamente dalla pratica del diritto, si distingue in parte dal pragmatismo tipico della *jurisprudence* nord-americana. Lo dimostrano alcuni temi: il rifiuto di tutte le visioni riduttive del giuridico che vedono nel diritto uno strumento violento, tecnica di efficienza, mezzo per l'uso della forza, mera regola dell'uso della forza; la negazione di ogni identificazione del fenomeno giuridico con quello di ordinamento statale; la critica ad una visione manageriale della giuridicità; infine, l'analisi degli elementi impliciti al diritto esplicito che manifestano il legame ontologicamente "polare" tra diritto e morale, tra piano fattuale e valoriale.

Si tratta di una meditazione stimolante e originale aperta a una vera e propria scienza dell'esperienza della coscienza [*Wissenschaft der Erfahrung des Bewußtsein*] per riprendere un'idea hegeliana, che nega prepotentemente la riduzione del diritto alla forma e alla volontà a senso unico di chi "comanda"; oppure, in una visione "algoritmica", a criterio di misura dell'azione umana (ma anche di "intelligenze" artificiali), derivante dalla pre-determinazione (o pre-imposizione) a-critica di dati (e cioè di meri fatti), senza alcuna considerazione della natura teleologica ed assiologica che è interna a quell'esperienza.

Sullo sfondo resta, dunque, la *Grundfrage*, la questione filosofica fondamentale solo in apparenza semplice: un diritto fondato esclusivamente su regole di efficienza e di creazione formale è

sufficiente a spiegare l'ordine sociale e la sua moralità? La riflessione di Fuller dà risposte non usuali al problema.

Innanzitutto, la metodologia di “andare verso le cose stesse” [*zu den Sachen selbst*] è quella propria della fenomenologia come “scienza delle essenze” [*Wissenschaft der Wesen*]. Con tale approccio, il giusfilosofo supera sia le riduzioni giuspositivistiche del diritto a semplici atti di posizione del legislatore, sia quelle giusrealistiche alla predizione di ciò che le corti *effettivamente* faranno. Da qui, guarda alla complessità del fenomeno giuridico attraverso il significato normativo delle “procedure” nel contesto degli atti di interazione sociale. Alcune di queste includono le regole di costume, l'ordine contrattuale, la legislazione, l'arbitrato, la mediazione e il processo. Istituti che, in diversa misura, sono a loro volta pensati su base procedurale. I principi dell'ordine sociale, tuttavia, possono anche essere impliciti e cioè restare per gran parte inespressi. E ad afferrare il ruolo e le proprietà di tale dimensione tacita vi è l'euristica della morale dell'intenzionalità: la sola adatta ad accordare armonicamente tutti gli elementi, fattuali e valoriali, integrandoli nella complessa impresa di produrre ed applicare le norme giuridiche. Impresa che, in questo senso, non può che essere *fondamentalmente* umana, poiché solo il soggetto è in grado di comprendere il carattere intrinsecamente teleologico dell'attività giuridica.

Ebbene, non vi è dubbio che il fondamento procedurale dell'ordine sociale rappresenti una felice intuizione di Fuller.

Fondamento che, senza cadere in facili riduzionismi, gli consente di aprire l'esperienza giuridica al mondo dei valori. In un modo del tutto particolare, poiché la moralità delle procedure non si confronta con i sostanzialismi (in cui l'idea di bene è *primum* rispetto alle procedure), ma rimane intrinseca a quell'esperienza: ogni attività comunicativa, tra cui vi è il diritto, si costruisce sulle sue procedure interne.

Così, sebbene si debba ammettere che la riflessione fulleriana resti condizionata dalle categorie della tradizione giuridica di *common law*, non si può comunque escludere che le considerazioni sulle *procedure giuridiche* e sulla loro *moralità intrinseca* possano guardare oltre, ai sistemi di *civil law*. Si pensi, solo per citare un primo esempio, alla formazione essenzialmente casistica del diritto dell'Unione Europea che, in un contesto di pluralità di fonti "codificate", persegue lo scopo di fissare un livello minimo di protezione dei diritti (in cui diritto e morale sembrano confondersi) con un'attività pratica che si avvicina di molto alle logiche della morale dell'intenzionalità. E si può ancora pensare al ruolo ricoperto, anche a livello europeo, dalla indeterminatezza delle clausole generali (come quella di "buona fede") che richiedono il necessario intervento integrativo delle Corti. Questi fenomeni sembrano dare conto del peso che le procedure possono avere nella formazione ed esecuzione di regole giuridiche, combinando *in un uno* il nominalismo (secondo cui le norme sarebbero solo un nome privo di senso senza la società) con la visione opposta (si direbbe propria del concettualismo logico) in base alla quale il fenomeno giuridico si

ridurrebbe alla sola validità al di là delle interazioni sociali che la alimentano.

C'è, però, un'ultima notazione. Se da un lato le procedure giuridiche *à la* Fuller sembrano essere indifferenti alla meta-etica, non per questo perdono il carattere morale. Almeno in un doppio senso. In primo luogo, perché solo osservando i criteri procedurali impliciti alla giuridicità è possibile costruire un ordine che possa autenticamente definirsi “buono”. È il primo senso del carattere intrinsecamente morale delle procedure. In secondo luogo, le procedure si legano direttamente all'autonomia e alla libertà del soggetto come agente responsabile che è *fine in sé* e non un semplice mezzo. È il secondo senso. In questo modo, le procedure giuridiche esprimono *in sé* un valore fondamentale (si direbbe una *Grundwert*) rinvenibile nell'uomo e nelle sue capacità comunicative e relazionali.

Il tale prospettiva, il messaggio fulleriano è particolarmente attuale: non è, infatti, superfluo tornare a parlare (o ri-appropriarsi) del ruolo del soggetto – che per il giusfilosofo è presupposto al concetto di diritto ed alle sue procedure – nel momento in cui è più discusso (se non, addirittura, negato dalla rivoluzione *cibernetica*). Un percorso per certi versi già vissuto nella “macrostoria” di verità irrintrattabili per la scienza giuridica. Da questo punto di vista, una rinnovata attenzione per la sua filosofia, non circoscritta ai *tópoi* filosofici della celebre opera *The Morality of Law* (1969²), dischiude scenari interessantissimi e cade molto opportunamente nell'attuale dibattito che voglia intravedere nell'idea di procedura il medio tra

diritto e società in senso kantianamente trascendentale. È questa la vera “chiave di volta” dell’architettura fenomenologica fulleriana.

La ricerca non ha, pertanto, un andamento storico-cronologico, ma tematico; per tale ragione è stato dato maggiore spazio a quegli argomenti che sembravano più direttamente connessi alla tesi fondamentale della moralità *intrinseca delle procedure*, ove l’aggettivo tiene conto che le esigenze della morale *procedono* a partire dalla intima natura della ragione giuridica e si collegano ai postulati della moralità intrinseca che “procedimentalizza” il potere aprendolo all’alterità e al rispetto della reciprocità propria dell’esperienza giuridica.

In linea con tale proposito, il primo capitolo si concentra sulla *pars destruens* ed introduce i profili metodologici della riflessione del giurista americano come critica al formalismo giuridico.

Il secondo presenta le tre chiavi di lettura che meglio tratteggiano l’architettura filosofica di Fuller e il suo concetto di diritto, concepito come impresa soggetta a differenti gradi di fallimento. Inizia così la *pars costruens*.

Il terzo, invece, passando in rassegna le principali “procedure giuridiche” che Fuller rinviene nei suoi studi sull’ordine sociale e sul “buon ordine”, guarda in particolare alla forma *manageriale* che riduce il diritto alla logica dell’efficienza e ciò senza considerare adeguatamente il carattere dialettico e comunicativo implicito ad ogni discorso che si possa definire sino in fondo “giuridico”.

Il quarto studia il concetto fulleriano, distintivo e innovativo, del diritto implicito contenuto nel diritto esplicito anche alla luce di alcune considerazioni fenomenologiche. Ed è proprio in tale dimensione tacita dell'esperienza giuridica che si rintraccia il fondamento del necessario e ontologico legame tra diritto e morale di cui parla Fuller, e che solo l'intenzionalità umana è in grado di cogliere.

Le riflessioni conclusive disegnano più che altro un quadro prospettico.

Infine, il sottotitolo "una lettura", che in verità resta inespresso, tiene conto che l'obiettivo dell'indagine non mira ad alcuna assolutizzazione. Delinea più che altro un "angolo visuale": parte del tutto su cui, comunque, vale ancora la pena spendere qualche parola; piccolo passo verso l'universale "vero". *E pluribus unum.*

1. PROFILI METODOLOGICI.

SOMMARIO: 1.0. La circoscritta notorietà di un filosofo originale. – 1.0.1. Il doppio itinerario della riflessione filosofica di Lon L. Fuller. – 1.0.2. Il dibattito italiano e straniero. – 1.0.3. Oblio e “pregiudizi”. – 1.1. Le molte anime del pensiero fulleriano. – 1.2. Metodologia critica. – 1.2.1. Il giusrealismo. – 1.2.2. Il giuspositivismo. – 1.2.3. Un approccio procedurale. – 1.3. L’influenza del modello giuridico americano. – 1.4. Attualità e riscoperta della metodologia giuridica fulleriana.

1.0. Lon Luvois Fuller (1902–1978) può annoverarsi tra i più originali e suggestivi interpreti del concetto di diritto¹. Il suo progetto filosofico, che pure si rinviene nel normativismo di Robert Alexy e Ronald Dworkin, ha catturato l’attenzione di Herbert Hart, con il quale dà vita nel 1958 al noto dibattito sui temi del rapporto tra diritto e morale, della obbligatorietà giuridica e, in generale, della validità della legge ingiusta². Ciò nonostante, per parecchio tempo la

¹ È il giudizio, tra gli altri, di DAVID LUBAN, *Rediscovering Fuller’s Legal Ethics*, in WILLEM J. WITTEVEEN/WIBREN VAN DER BURG (eds.), *Rediscovering Fuller: Essays on Implicit Law and Institutional Design*, Amsterdam University Press, Amsterdam, 1999, p. 194: «In many ways Fuller is the most satisfying and suggestive twentieth century writer on jurisprudence – the only one [...] who successfully knits together the abstract and the concrete, in the sense that his philosophy emerges seamlessly from the practice of law».

² 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, su cui si tornerà nel terzo capitolo. Confronto che, secondo molti, lo avrebbe visto solo apparentemente sconfitto. Al riguardo, cfr. KRISTEN RUNDLE,

proposta filosofica di Fuller è stata, soprattutto dai filosofi continentali, sottovalutata, banalizzata e circoscritta all'opera più conosciuta, *The Morality of Law* (1964)³, ai temi della discussione con Herbert Hart (1958)⁴, nonché allo scritto, anch'esso celebre, *The Case of Speluncean Explorers* (1949)⁵. Ma del suo ambizioso percorso speculativo c'è ben altro ed oggi, fortunatamente, si assiste

Forms Liberate. Reclaiming the Jurisprudence of Lon L. Fuller, Hart Publishing, Oxford, 2013, p. 1: «Lon L. Fuller was something of an *outsider* within the intellectual climate of mid-twentieth century legal philosophy, which during his time came to be increasingly dominated by the legal positivist jurisprudence of H.L.A. Hart. Today, among contemporary legal philosophers, Fuller still remains mostly known as the natural lawyer who apparently lost the debate about the connection between law and morality to his analytical superior opponent». L'influenza di Fuller sul pensiero di Dworkin e Alexy, oltre al confronto con la riflessione di Bruno Leoni, è analizzata da ANDREA 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 ALESSANDRA CALLEGARI, *Liberalismo, Rule of Law. Diritto nel pensiero di Lon L. Fuller*, Aracne, Roma, 2013, interessante anche per il significato politico della riflessione fullericiana sul diritto. Infine, anche KRISTEN RUNDLE, *op. cit.*, pp. 162 e 174 ss. ritiene che il progetto filosofico di Fuller abbia inciso significativamente sulla speculazione di Dworkin.

³ LON L. FULLER, *The Morality of Law*, Yale University Press, New Heaven, 1964; la traduzione italiana (con una presentazione) è di Alessandro Dal Brollo, *La moralità del diritto*, Giuffrè, Milano, 1986.

⁴ Gli articoli che hanno dato vita al famoso dibattito sono pubblicati in "Harvard Law Review" e segnatamente HERBERT L.A. HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in "Harvard Law Review", 71(4), 1958, pp. 593–629; LON L. FULLER, *Positivism and Fidelity to Law*, in "Harvard Law Review", 71(4), 1958, pp. 630–672.

⁵ LON L. FULLER, *The Case of Speluncean Explorers*, in "Harvard Law Review", 62(4), 1949, pp. 616–645. Lo scritto è stato tradotto recentemente da Andrea Porciello in un contributo interessante con saggio introduttivo, pareri conclusivi ed epilogo dello stesso Porciello: si veda LON L. FULLER/ANDREA 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.

ad un vero e proprio *revival* degli studi sull'“architettura” teorica⁶ del professore nato in Texas e che ha diffusamente richiamato il pensiero del Vecchio Continente⁷.

1.0.1. A voler tracciare un quadro preliminare dei contenuti delle opere di Fuller, è possibile scorgere principalmente due nuclei: uno strettamente critico nei confronti del formalismo giuridico (la *pars destruens*) ed uno propositivo (la *pars costruens*) nel cui novero rientrano *in primis* il diritto e i procedimenti di legislazione, ma anche le interazioni di costume e contrattuali, la mediazione,

⁶ 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, LON L. FULLER, *Means and Ends* in ID., *The Principles of Social Order – Collected Essays of Lon L. Fuller* (edited with an Introduction by Kenneth I. Winston), Hart Publishing, Oxford, 2001², p. 64; ID., *The Lawyer as Architect of Social Structure* in ID., *The Principles of Social Order*, cit., pp. 285–291.

⁷ Sull'esperienza di Lon Fuller in Europa, cfr. ROBERT S. SUMMERS, *Lon L. Fuller*, in WILLIAM TWINING (gen. ed.), *Jurist: Profiles in Legal Theory*, Edward Arnold, London, 1984. Si tratta del primo studio, anche a carattere biografico, su Lon Luvois Fuller, contenuto nella collana edita da William Twining che per la serie aveva precedentemente curato altri titoli: *H. L. A. Hart* di Neil MacCormick, *John Austin* di W. L. Morison, *Max Weber* di Anthony T. Kronman. È la dimostrazione del ruolo e dell'importanza ricoperta dal giusfilosofo tra i *legal theorists* del Novecento in America. Una importanza non sempre compresa in maniera adeguata dal pensiero giuridico continentale. Si deve tra l'altro sottolineare un dato biografico: nel 1938 Fuller ha trascorso sei mesi in Europa, principalmente a Parigi, chiedendo a Roscoe Pound di essere introdotto ad Hans Kelsen. Il più importante filosofo americano del tempo non mancò di esprimere il proprio consenso ad ospitare «the coming man in jurisprudence in this country». Cfr. LON L. FULLER, *Lon L. Fuller Papers, R. Pound to Fuller*, Jan. 10, 1938, in “Harvard Law School Library Historical & Special Collections”. Durante il viaggio europeo, Fuller ha avuto modo di approcciarsi alla “giurisprudenza degli interessi” [*Interessenjurisprudenz*] che ha influenzato le sue tesi sul ragionamento giuridico. Non si può infine trascurare il richiamo costante di Fuller ai temi della filosofia aristotelica e platonica. Si pensi, ad esempio, alla teoria dell'*eunomia*.

l'interpretazione e la direzione manageriale, ognuno dei quali è indagato a partire dalla propria "moralità intrinseca".

Nella parte eminentemente critica, come si vedrà in questo capitolo, il giusfilosofo contesta sin da subito 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 sociale⁸.

Su questi presupposti, Fuller costruisce il suo progetto filosofico partendo 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. In questo modo, il fenomeno giuridico non viene visto come

⁸ 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 *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 HERBERT L.A HART in *Law, Liberty and Morality*, Stanford University Press, Stanford, 1963 e PATRICK A. DEVLIN in *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, Oxford, 1965. Per una ricostruzione di tali dibattiti si rinvia a ANDREA PORCIELLO, *Diritto e morale*, in MASSIMO LA TORRE/ALBERTO SCERBO (a cura di), *Una introduzione alla filosofia del diritto*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2003, pp. 83ss.

un fatto semplice, ma estremamente complesso e multiforme, pur riconducibile ad unità (si direbbe di essenze). Per questa ragione, Fuller ritrova nell'esperienza umana alcune condizioni, implicite alla giuridicità *in quanto tale*, senza le quali verrebbe meno l'ideale del *rule of law* che, a suo parere, quale limite all'esercizio del potere politico, 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"⁹. Nasce così la visione di un "diritto naturale procedurale" che, pur se distinto, si collega comunque al "diritto naturale sostanziale"¹⁰. Tali principî individuano la specifica "moralità del diritto" [*morality of law*], proprio perché radicati in profondità nell'*esserci* dell'uomo e delle sue relazioni sociali¹¹. Senza di essi, il diritto perderebbe la sua

⁹ 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 LON L. FULLER, *The Problems of Jurisprudence*, Temporary Edition, Foundation Press, New York, 1949.

¹⁰ 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. Tuttavia, riferendosi all'Aquinate, Fuller ammette: «[...] I personally have found him full of useful wisdom on matters of law and government». Cfr. LON L. FULLER, *Jurisprudence. Its American Prophets*, by H.G. Reuschlein, Book Review, in "Louisiana Law Review", 12, 1952, p. 535. Lo stesso PHILIP SELZNICK, *Anatomy of the Law*, by Lon L. Fuller, Book Review, in "Harvard Law Review", 83(6), 1970, 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. LON L. FULLER, *A Rejoinder to Professor Nagel*, in "Natural Law Forum", 3, 1958, pp. 83–84.

¹¹ Si tratta di: (i) generalità; (ii) pubblicità; (iii) tendenziale irretroattività; (iv) chiarezza; (v) non-contraddittorietà; (vi) efficacia; (vii) stabilità; (viii) congruenza

specificità, riducendosi a “direzione manageriale” e, in una costruzione dell’ordinamento giuridico *radicalmente* formale, a non-diritto.

1.0.2. La riflessione filosofica di Lon Fuller ha inizialmente ricoperto un ruolo marginale nel dibattito giuridico-filosofico in Italia¹². Si deve, infatti, attendere la breve riflessione sulla moralità intrinseca del diritto ad opera di un saggio del 1985 di Csaba Varga, *Reflections on Law and on Its Inner Morality*, apparso sulla “Rivista internazionale di filosofia del diritto”¹³. Ne segue l’anno successivo l’edizione italiana, a cura di Alessandro Dal Brollo, dell’opera *The Morality of Law* (1964), già tradotta peraltro in ben cinque lingue¹⁴. Soltanto più di recente si è registrato un rinnovato interesse per

tra norme e loro effettiva applicazione. Su questi principi si tornerà nel secondo capitolo.

¹² Non a caso, e pur nei limiti della struttura scientifica dell’opera, GUIDO FASSÒ, nella sua *Storia della filosofia del diritto*, III, Laterza, Roma-Bari, 2006, pp. 374–375 rivolge al professore texano brevi e lapidari passaggi. Poche considerazioni a Fuller dedica anche GARY MINDA, *Postmodern Legal Movement. Law and Jurisprudence at Century’s End*, New York University Press, New York, 1995; traduzione italiana di Cristina Colli (a cura di Mauro Barberis): *Teorie Postmoderne del Diritto*, Il Mulino, Bologna, 2001, p. 96.

¹³ CSABA VARGA, *Reflections on Law and on Its Inner Morality*, in “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, 62(3), 1985, pp. 439–451. Occorre tuttavia richiamare la traduzione, ad opera di Piero Sella, del saggio di LON L. FULLER, *Freedom: A Suggested Analysis*, in “Harvard Law Review”, 68(8), 1955, pp. 1305–1325, nella sua versione *La libertà: saggio di un’analisi*, in “Jus”, 2, 1957, pp. 236–252 che, insieme a *La moralità del diritto*, costituivano sino al 2005 gli unici scritti fulleriani tradotti in Italia. Tale dato comprova la scarsa attenzione che si era dedicata alla filosofia del giurista texano, almeno sino ai recenti studi.

¹⁴ Nello stesso anno Dal Brollo pubblica il primo contributo italiano, a carattere monografico, su Fuller: ALESSANDRO DAL BROLLO, *Moralità del diritto. Assiologia e diritto nel pensiero di Lon. L. Fuller*, Bulzoni, Roma, 1986.

l'opera fulleriana grazie alle traduzioni di Andrea Porciello, prima di *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* (2012)¹⁵, poi dell'originalissima *Il diritto alla ricerca di se stesso* (2015)¹⁶, oltre ad una complessa antologia intitolata *Scritti sulla certezza tra teoria e prassi del diritto* (2016), con la traduzione di sei scritti fulleriani¹⁷. Altri contributi italiani si concentrano in particolare sul famoso dibattito tra Hart e Fuller¹⁸. Su questo vero e proprio *Leitmotiv* della letteratura giusfilosofica, di qualche anno precedente, l'antologia di più ampio respiro argomentativo curata da Aldo Schiavello e Vito Velluzzi dal titolo *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia* (2005) accoglie la traduzione dei saggi, entrambi pubblicati sulla "Harvard Law Review", *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale* (1958) di Hart e *Il positivismo e la fedeltà al diritto. Una replica ad Hart* (1958) di

¹⁵ LON L. FULLER/ANDREA PORCIELLO, *Il caso degli speleologi*, cit.

¹⁶ LON L. FULLER, *The Law in Quest of Itself*, Foundation Press Inc., Chicago, 1940 (la traduzione italiana, con una presentazione, è di Andrea Porciello, *Il diritto alla ricerca di se stesso*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2015).

¹⁷ LON L. FULLER, *Lon L. Fuller. Scritti sulla certezza tra teoria e prassi del diritto* (a cura di Andrea Porciello), ETS, Pisa, 2016. Si deve segnalare altresì lo studio di ANDREA PORCIELLO, *Principi dell'ordine sociale e libertà individuale*, cit.

¹⁸ In particolare, si veda anche il saggio di ALESSANDRA SCIURBA, *Il Rule of Law e le relazioni tra diritto e morale nel dibattito tra Hart e Fuller*, in "Diritto&Questioni pubbliche", 9, 2009, pp. 701-742, in cui tuttavia l'autrice si differenzia parzialmente dallo studio di ALESSANDRO DAL BROLLO, *op. cit.*, in quanto riconduce la moralità del diritto in Fuller alla questione del rapporto tra diritto e morale. Il contributo è interessante anche perché delinea le fasi cruciali di quel dibattito e illustra le relative implicazioni per la storia della filosofia del Novecento.

Fuller¹⁹. Scritti, questi, che costituiscono il primo atto del celebre confronto tra i due filosofi del diritto, uno dei più commentati del secolo scorso.

Una tendenza non dissimile da quella italiana si può intravedere nella letteratura straniera che, oltre a risultare sensibilmente più ampia, anticipa di qualche anno il percorso intrapreso in Italia. Oltre alla sezione *In Memoriam* del secondo fascicolo, volume 92, della “Harvard Law Review” (1978), risale al 1984, per mano di Robert S. Summers, la pubblicazione dello studio, principalmente a carattere biografico, dal titolo *Lon L. Fuller*²⁰. Dopo alcuni anni, Charles Covell dedica al filosofo americano il secondo capitolo, *Lon L. Fuller and the Defence of Natural Law*, del lavoro *The Defence of Natural*

¹⁹ ALDO SCHIAVELLO/VITO VELLUZZI, *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Giappichelli, Torino, 2005; in essa sono tradotti i saggi *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, pp. 48–79 e *Il positivismo e la fedeltà al diritto. Una replica ad Hart*, pp. 136–135. Per la letteratura su Fuller in Italia vanno segnalati due lavori già riportati nelle note precedenti e cioè *Liberalismo, Rule of Law. Diritto nel pensiero di Lon L. Fuller* di Alessandra Callegari e *Il Rule of Law e le relazioni tra diritto e morale nel dibattito tra Hart e Fuller* di Alessandra Sciarba.

²⁰ Alla morte del professor Fuller, nel 1978, la “Harvard Law Review” dedicò una sezione del fascicolo n. 2, volume 92, *In Memoriam: Lon L. Fuller*, pp. 349–449 contenente i seguenti contributi: ALBERT M. SACKS, *Lon Luvois Fuller*, in “Harvard Law Review”, 92(2), 1978, pp. 349–350; ERWIN N. GRISWOLD, *Lon Luvois Fuller. 1902-1978*, in “Harvard Law Review”, 92(2), 1978, pp. 351–352; LON L. FULLER/KENNETH I. WINSTON, *The Forms and Limits of Adjudication*, in “Harvard Law Review”, 92(2), 1978, pp. 352–409 poi pubblicato in ID., *The Principles of Social Order*, cit., pp. 101–139; MELVIN A. EISENBERG, *Participation, Responsiveness, and the Consultative Process: An Essay for Lon Fuller*, in “Harvard Law Review”, 92(2), 1978, pp. 410–432; ROBERT S. SUMMERS, *Professor Fuller’s Jurisprudence and America’s Dominant Philosophy of Law*, in “Harvard Law Review”, 92(2), 1978, pp. 433–449.

Law (1992)²¹. Qualche tempo dopo, nel 1999, Willem J. Witteveen e Wibren Van Der Burg danno vita ad una voluminosa opera collettanea, *Rediscovering Fuller: Essays on Implicit Law and Institutional Design* (1999), a cui seguirono il *Symposium*, poi pubblicato nella “New York University Law Review” sul dibattito *Hart-Fuller* dal titolo *Symposium: Fifty Years Later* (2008)²², nonché l’opera edita da Peter Cane, *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century* (2010)²³ e lo studio monografico di Kristen Rundle, *Forms Liberate. Reclaiming the Jurisprudence of Lon L. Fuller* (2012)²⁴.

Occorre inoltre ricordare la sistematizzazione di alcuni saggi inediti del giusfilosofo a cura di Kenneth I. Winston, *The Principles of Social Order – Selected Esseys of Lon L. Fuller* (1981); lavoro, questo, fondamentale per la lettura e comprensione della teoria

²¹ CHARLES COVELL, *Lon L. Fuller and the Defence of Natural Law*, in ID., *The Defence of Natural Law. A study of the Ideas and Justice in the Writings of Lon L. Fuller, Michael Oakeshot, F.A. Hayek, Ronald Dworkin and John Finnis*, Macmillan, London, 1992, pp. 30–70.

²² Il *symposium*, tenutosi nel 2008 presso la “New York University Law School”, ha dato vita al volume dal titolo *Symposium: Fifty Years Later*, in “New York University Law Review”, 83(4), 2008, pp. 993–1212, oltre ad una introduzione, riporta i contributi di DAVID DYZENHAUS, *The Grudge Informer Case Revised* (pp. 1000–1034), LESLIE GREEN, *Positivism and the Inseparability of Law and Morals* (pp. 1035–1058), NICOLA LACEY, *Philosophy, Political, Morality, and History: Explaining the Enduring Resonance of the Hart-Fuller Debate* (pp. 1059–1087), LIAM MURPHY, *Better to See Law This Way* (pp. 1088–1108), FREDERICK SCHAUER, *A Critical Guide to Vehicles in the Park* (pp. 1109–1134), JEREMY WALDRON, *Positivism and Legality: Hart’s Equivocal Response to Fuller* (pp. 1135–1169), BENJAMIN C. ZIPURSKY, *Practical Positivism Versus Practical Perfectionism: The Hart-Fuller Debate at Fifty* (pp. 1170–1212).

²³ PETER CANE (ed.), *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*, Hart Publishing, Oxford, 2010.

²⁴ Il riferimento all’opera di KRISTEN RUNDLE è nella nota 2.

dell'ordine sociale e del “buon governo” (e cioè l’“eunomia” fulleriana). Lo stesso Winston, peraltro, è anche *Guest Editor* dell'interessantissimo numero speciale della rivista “Law and Philosophy” del 1994, dedicato interamente al professore texano²⁵.

1.0.3. Fra le ragioni che hanno generato scarsa attenzione al pensiero di Fuller²⁶ primeggia una critica complessiva (e, come si vedrà, sostanzialmente ingenerosa) alla sua visione filosofica che, stando al giudizio di alcuni commentatori, risulterebbe in molti

²⁵ Il volume 13 pubblicato nel 1994 della rivista “Law and Philosophy”, pp. 253–418, oltre ad una *Introduction* di KENNETH I. WINSTON (pp. 253–258), contiene i saggi di JEREMY WALDRON, *Why Law – Efficacy, Freedom, or Fidelity* (pp. 259–284), FREDERICK SCHAUER, *Fuller's Internal Point of View* (pp. 285–312), STANLEY L. PAULSON, *Lon L. Fuller, Gustav Radbruch, and the “Positivist” Theses* (pp. 313–359), GERALD J. POSTEMA, *Implicit Law* (pp. 361–387), KENNETH I. WINSTON, *Legislation and Liberty* (pp. 389–418). Infine, a completamento delle linee bibliografiche appena accennate, seppure parziali, volte a mostrare la recente rinnovata attenzione nei confronti della vasta produzione di Fuller da parte della letteratura gius-filosofica nazionale e straniera, si deve pure segnalare COLLEN MURPHY, *Lon Fuller and the Moral Value of the Rule of Law*, in “Law and Philosophy”, 24(3), 2005, pp. 239–262; JENNIFER NADLER, *Hart, Fuller and the Connection between Law and Justice*, in “Law and Philosophy”, 27(1), 2008, pp. 1–34, NIGEL E. SIMMONDS, *Law as a Moral Idea*, Oxford University Press, Oxford, 2007 (un articolo dello stesso autore e con il medesimo titolo era apparso in “The University of Toronto Law Journal”, 55(1), 2005, pp. 61–92).

²⁶ Su tali temi si rinvia ad ANDREA PORCIELLO, *Principi dell'ordine sociale*, cit., pp. 12–20 ovvero LON L. FULLER/ANDREA PORCIELLO, *Il caso degli speleologi*, cit., pp. 7–14. Per un ulteriore approfondimento, si veda anche a FREDERICK SCHAUER, *A Life of H.L.A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*, by Nicola Lacey, Book Review, in “Harvard Law Review”, 119, 2006, p. 863; KENNETH I. WINSTON, *Introduction* in Lon L. Fuller, *The Principles of Social Order* cit., p. 25.; DAVID LUBAN, *Rediscovering Fuller's Legal Ethics*, cit., p. 194 (articolo apparso anche in “Georgetown Journal of Legal Ethics”, 11, 1998, pp. 802–806); BRIAN H. BIX, *Jurisprudence: Theory and Context*, 2015⁷, Sweet & Maxwell, London, l'edizione italiana, a cura di Andrea Porciello, *Teoria del diritto. Idee e contesti*, Giappichelli, Torino, 2016; PAUL CLITEUR, *Fuller's Faith*, in WILLEM J. WITTEVEEN/WIBREN VAN DER BURG (eds.), *op. cit.*, pp. 100–123.

passaggi confusa, poco approfondita e sviluppata in modo apodittico²⁷. Ne costituirebbe un esempio l'ottimistica fiducia (Hart non esita a giudicarla "fideistica") riposta da Fuller nei confronti della stretta e necessaria (quasi logica) affinità tra la correttezza delle procedure e il valore della giustizia; idea che, peraltro, costituisce il *fil rouge* del concetto di diritto in Fuller. Probabilmente, la mancata valorizzazione del pensiero di Fuller potrebbe collegarsi all'assenza di una sistematizzazione unitaria delle sue tesi, alcune rimaste incompiute e pubblicate postume, che avrebbe potuto concorrere ad una fortuna diversa. In campo europeo ha inoltre giocato un ruolo rilevante il pregiudizio, sempre latente nella cultura continentale dell'epoca, nei confronti della epistemologia giuridica nord-americana. Pregiudizio, questo, che in verità trascura la peculiare collocazione della filosofia fulleriana nel panorama delle diverse

²⁷ In questo senso, si vedano ROBERT S. SUMMERS, *Preface a Lon L. Fuller*, cit.; secondo MATTHEW H. KRAMER, *Objectivity and the Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, p. 103: «His elaboration of the eight principles of legality is a permanently valuable contribution of legal philosophy, but some of his arguments in support or explication of his principles are confused or otherwise inadequate»; per KRISTEN RUNDLE, *op. cit.*, p. 1: «There is [...] a general impression, in many ways justified, that although rich with insights into the way that law work in practice, Fuller's jurisprudence is a scattered affair, unsystematic in focus, and lacking any obvious internal coherence». Si segnala anche la tesi di David Dyzenhaus secondo cui lo scarso interesse verso le tesi fulleriane era riconducibile alla innovatività del suo approccio alle questioni etiche del diritto: cfr. DAVID DYZENHAUS, *Fuller's Novelty*, in WILLEM J. WITTEVEEN/WIBREN VAN DER BURG (eds.), *op. cit.*, p. 78: «Fuller posed the principal question of philosophy of law, in so novel a fashion, that he was too far ahead of his time to be properly appreciated»; si tratta di un argomento in verità poco convincente, come ha tra l'altro sostenuto ANDREA PORCIELLO, *Principi dell'ordine sociale*, cit., pp. 15–16. La tesi di Dyzenhaus riprende quella di PERRY MEYER, *The Morality of Law*, by Lon L. Fuller, Book Review, in "McGill Law Journal", 10(4), 1964, p. 380.

correnti teorico-giuridiche nordamericane del secolo scorso. L'analisi, infatti, pur emergendo direttamente dalla pratica del diritto, può considerarsi una vera riflessione filosofica che si distingue in parte dal pragmatismo della *jurisprudence* nord-americana²⁸. Il che non esclude affatto il riferimento alle elaborazioni incentrate sulla disputa giudiziaria e sulla discussione problematica di casi²⁹.

Non è tra l'altro superfluo segnalare che la parola '*jurisprudence*' non corrisponde al termine italiano *giurisprudenza*, né può indicare una disciplina filosofica o una mera elaborazione di concetti giuridici. Si può dire, in definitiva, che "*jurisprudence*" si riferisca, in generale, alla «coscienza culturale d'una civiltà giuridica, peraltro aliena da ogni velleità di "universalizzazione" filosofica di quella circoscritta esperienza [...] insulare»³⁰. Il riferimento alla «coscienza

²⁸ Espressione massima del pragmatismo filosofico americano è John Dewey secondo cui il diritto sarebbe totalmente un fenomeno sociale, nella sua origine, nel suo intento o fine, nella sua applicazione e, pertanto, non potrebbe essere impostato come se fosse un'entità a sé stante, ma deve essere discusso soltanto in relazione alle condizioni sociali in cui nasce e si compie concretamente. Il riferimento al sociale non significa che il diritto viene visto come un fatto o fenomeno umano e, per usare il linguaggio di Cotta (SERGIO COTTA, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Giuffrè, Milano, 1991²), coesistenziale, come lo intende anche Fuller, il quale per giunta non manca di evidenziare come il diritto rappresenti una delle manifestazioni dell'essere umano in società. Nel pragmatismo americano, invece, il riferimento al sociale sta ad indicare più che altro la riduzione del diritto alla dimensione socio-politica (quindi, privata) delle strutture e dei contenuti propri. In coerenza con tale postulato, si giustifica l'attitudine nord-americana di studiare direttamente e realisticamente l'esperienza giuridica. Si tratta, tuttavia, di un approccio, quello realistico, ben lontano dal percorso intrapreso da Fuller.

²⁹ Cfr. VITTORIO FROSINI, *Giurisprudenza e Filosofia negli Stati Uniti*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 5-6, 1954, pp. 763-766.

³⁰ Si rinvia a A.L. Goodhart citato da VITTORIO FROSINI, *Ibidem*. In questa nota, l'autore richiama l'accezione vichiana del vocabolo in base alla quale la *jurisprudence* sarebbe «il pensiero giuridico, l'unità organica e spiritualmente

culturale di una civiltà giuridica», che altro non è se non storia della civiltà, ha ingenerato la diffusa convinzione della natura essenzialmente pratica della scienza giuridica nord-americana che, stando ad una celebre affermazione di Oliver Holmes, non è logica ma esperienza³¹.

Invero, anche l'esperienza giuridica conta nella costruzione teoretica di una vera filosofia del diritto o della stessa dogmatica giuridica³². La questione è comunque al centro della speculazione

vivente nelle diverse manifestazioni della vita del diritto». Cfr. anche ID., *Filosofia e Giurisprudenza. Tre saggi*, Catania, Edizioni Muglia, 1953. Secondo GEORGE C. CHRISTIE, *Jurisprudence: Text and Readings on the Philosophy of Law*, West Publishing Co., St. Paul (Minn.), 1973, la *jurisprudence* è il ramo della filosofia del diritto dedicato allo studio della natura del diritto, alla teoria dei diritti soggettivi e dell'interpretazione giudiziale. In passato, nella maggior parte delle facoltà di giurisprudenza americane, l'insegnamento di *jurisprudence* era considerato in termini di una teoria oggettiva e distinta dalla filosofia politica e morale.

³¹ Sul pensiero di Oliver Holmes, si rinvia al saggio di SERGIO COTTA, *Filosofia e scienza del diritto a proposito del pensiero di Oliver W. Holmes*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 1, 1954, pp. 17–27.

³² L'idea è espressa da Antonio Incampo: «il ruolo dei fatti nella scienza giuridica non è solo quello di offrire dei meri contenuti a una rete di categorie o concetti astratti che vivono autonomamente da essi, ma anche di determinare questi stessi concetti e queste stesse categorie, arrivando quasi a invertire il rapporto, già kantianamente segnato, tra ciò che è *a priori* e indipendente dall'esperienza e ciò che è, invece, *a posteriori* perché deriva soltanto da essa. Non sempre è l'*a priori* a spiegare la realtà. Vale anche il contrario. L'esperienza si fa «scienza» («*Wissenschaft der Erfahrung*», per dirla con Hegel) e riconduce le idee proprio a se stessa, dal momento che le idee ne sono il risultato necessario. Un esempio è la scienza del diritto». ANTONIO INCAMPO, *Quattro tesi climatologiche sul diritto. A proposito del «logos della norma» in Luigi Lombardi Vallauri*, in AA.VV., *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, Vol. 1, Wolters Kluwer Cedam, Padova, 2016, pp. 719–720. L'argomento è anche in Luigi Lombardi Vallauri: «L'esperto di logos» osserva Lombardi Vallauri «non trova strano che la scuola storica tedesca con la sua dogmatica ricavata dalle fonti abbia fatto probabilmente più bottino di logos giuridico di ogni scuola giusnaturalistica, o che reciprocamente i giusnaturalismi saggi si rivolgessero sempre anche (se non per prima cosa) alla storia: la biologia insegna [...] la brillantezza estrema delle soluzioni apprestate dal laboratorio

europea continentale sin dai tempi della Scuola storica. In questa stessa direzione, anche Fuller sembra non limitarsi allo studio e all'insegnamento del diritto attraverso l'analisi e le discussioni delle decisioni giudiziarie [*case-method*], che è metodo essenzialmente formalistico per come introdotto oltreoceano dal pensiero austriaco e dall'*analytical jurisprudence*³³. Egli, infatti, aggiunge un'adeguata e coerente premessa filosofica, prospettando un'analisi del fenomeno giuridico differente da quella presentata da Holmes, Pound, Cardozo o Llewellyn, sino ad introdurre una componente morale al suo approccio, anch'esso di taglio diverso da quello tradizionale in uso³⁴.

storico, al punto di insinuare il sospetto di una plus-valenza logica dell'a posteriori sull'a priori, dell'empiria sull'empireo»: LUIGI LOMBARDI VALLAURI, *Dio o Logos? La grande visione d'insieme alla prova*, in ID. (a cura di), *Logos dell'Essere, Logos della Norma*, Adriatica Editrice, Bari, 1999, p. 10.

³³ Fuller, infatti, non si limita ad analizzare il precedente, ma seleziona alcuni casi particolarmente significativi in modo da far emergere, con metodo socratico, il relativo carattere sistematico-normativo. Ne è un esempio proprio l'operetta, a scopo didattico, *Il caso degli speleologi*, cit., in cui sono problematicamente descritti i vari approcci interpretativi e risolutivi del caso sottoposto all'attenzione del giurista. Il *case-method* veniva, infatti, ricondotto al metodo proprio della dogmatica continentale, come testimonia lo stesso Fuller: «As the arch expounder of the common law, we had Langdell, whose thought and methods resemble in striking measure those of his German counterpart, Windscheid. Both men repudiated the vague ethicism of "natural law"; both practiced a peculiar geometric brand of legal reasoning that made every conclusion the inevitable consequence of an assumed necessity of juristic thought. Both writers postulate a gapless system of pre-existing law, from which a solution for every new case could be obtained by deduction» (LON L. FULLER, *Introduction*, in MAGDALENA SCHOCH, *The Jurisprudence of Interests*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1948, p. XIX).

³⁴ Di questa opinione, KENNETH I. WINSTON, cit., p. 2: la moralità intrinseca delle procedure non è legata alla moralità esterna del diritto o all'ideale della giustizia, né si riconosce negli ideali minimi di ordine aventi carattere contingente, tant'è, come si dirà nel secondo capitolo, Fuller considera gli otto principî della *inner morality of law* come delle uniformità, delle costanti.

Per tale ragione, riferirsi alla sola *jurisprudence* di Lon L. Fuller è probabilmente troppo poco.

La riflessione del giusfilosofo texano, d'altro canto, non sembra neppure ingabbiata nel “pregiudizio sociologico” che ha afflitto il realismo giuridico nord-americano, in quanto non studia i fenomeni sociali per se stessi, prescindendo dalle norme che li regolano e dai concetti che li traducono, ma include l'elemento normativo del diritto. Non manca, inoltre, il richiamo alla centralità del processo e del giudizio, che peraltro è il *cor cordis* dell'esperienza giuridica, ma senza cadere nell'esasperazione dell'abito mentale avvocatESCO tutto concentrato sulla predizione del risultato di una disputa giudiziaria, come accade, in generale, per la scienza giuridica nord-americana.

In prima battuta, dunque, il pensiero di Lon Fuller appare, sotto questo aspetto, originale ed innovativo se confrontato con gli orizzonti della filosofia giuridica americana, divenendo così una delle sue espressioni più interessanti, anche se meno sistematicamente approfondite³⁵.

³⁵ Per JEREMY WALDRON, *The Concept and the Rule of Law*, in “Georgia Law Review” *Forthcoming*, NYU School of Law, Public Law research Paper No. 08-50, p. 18, available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1273005> sostiene che ciò che rendono «unacreative to modern legal philosophers» teorie come quella della moralità interna del diritto consiste in quelli che sono i «Fuller's over-stated claims about the connection between substantive justice and 'the internal morality of law'». Waldron, infatti, sostiene che il fatto di accettare come necessaria la connessione tra *rule of law* e diritto non significa che il diritto, per essere tale, implichi necessariamente la giustizia sostanziale dei suoi contenuti.

1.1. La meditazione fulleriana presenta sin dalle prime opere una certa originalità metodologica rispetto alla *jurisprudence* americana a lui contemporanea³⁶. Ecco perché Fuller può definirsi un vero e proprio filosofo del diritto. Filosofo, in quanto proteso a indagare la dimensione “onto-assiologica” del diritto (per dirla con Domenico Campanale)³⁷. Quale riflesso dell’uomo e della sua natura, infatti, il diritto è interpretato come una *procedura* “finalizzata” e “cooperativa” in costante divenire³⁸. Così, secondo una visione olistica, guarda non solo agli elementi espliciti delle leggi codificate, ma anche, e sopra ogni cosa, a quelli impliciti radicati nell’ordine sociale³⁹. È latente, al contempo, la prospettiva propria della teoria

³⁶ Sul punto, si veda anche ALESSANDRO DAL BROLLO, *op. cit.*, p. 79 secondo cui il *rule of law* presuppone una concezione contenutistica, cosa che invece non accade per Fuller.

³⁷ Mi riferisco in particolare a DOMENICO CAMPANALE, *Per una fondazione onto-assiologia del diritto*, FrancoAngeli, Milano, 1986. Per assiologia (axiologia, dal greco ἄξιος «valido, degno di pregio») si intende la scienza o la dottrina dei valori e, in particolare, da alcuni, la scienza etica in quanto metafisicamente riferibile a un ordine ideale e, finalisticamente, attiene al raggiungimento pratico di esso. La definizione è in *Enciclopedia filosofica*, Sansoni, Firenze, 1967², p. 536. Ora, in Fuller la moralità delle procedure, orientate dalla *morality of aspiration*, proprio perché necessarie a rendere “buono” un ordine sociale ed il diritto stesso, hanno un connotato morale e assiologico anche nel senso di essere pensate per garantire la reciprocità di ogni relazione giuridica e la dignità dell’uomo come agente responsabile. Ma tale dimensione assiologica, in Fuller, non è contingente ma è fisiologica e cioè ontologica al diritto. Non è, in altre parole, un accidente come affermato dal positivismo giuridico, ma è da rintracciarsi all’interno stesso dell’esperienza giuridica che è esperienza umana. In questo senso, allora, si può parlare di condizioni di moralità onto-assiologiche.

³⁸ LON L. FULLER, *Il diritto alla ricerca di se stesso*, cit., pp. 53 e 63: «Nel campo della attività umane finalizzate ad un obiettivo, che include [...] il diritto, il valore e l’essere non costituiscono due realtà differenti, ma due aspetti di un’unica realtà».

³⁹ È questo il tratto davvero distintivo ed innovativo del pensiero del professore texano, come si vedrà in maniera più approfondita *infra*, nel quarto capitolo.

generale⁴⁰: la *inner morality of law*, in effetti, attraversa, da un punto di vista interno e con maggiore o minore intensità, le figure deontiche tradizionali quali la validità, il problema della normatività, il rapporto tra diritto e potere, tra legittimità e legalità, e senza mai approfondire la questione della giustizia che, semmai, sembra essere presupposta⁴¹.

Si tratta, ad ogni modo, di un discorso filosofico-giuridico che, investendo problematicamente l'idea di validità giuridicità (non più rappresentata come un fatto semplice, ma complesso e policentrico), si ripercuote anche sul peso che l'effettività ha per la costruzione di un ordine sociale⁴². In questo senso, l'esistenza giuridica non è mai

⁴⁰ Al riguardo ANDREA PORCIELLO, *Principi dell'ordine sociale*, cit., p. 169, ha rilevato che, in base al suo approccio metodologico, Fuller può «essere visto come un filosofo del diritto più vicino, per metodo, ad un giurista pratico di *common law* che ad un teorico del diritto vero e proprio». Invero, come si è detto anche nella nota 32, adottare una metodologia costruita anche sull'esperienza non nega di per sé la valenza teorica, oltre che filosofica, della riflessione fulleriana, perché i fatti e l'atteggiamento metodologico teso a comprenderli sono *in sé e per sé* capaci di determinare concetti e categorie.

⁴¹ In questo senso, secondo Fuller le istituzioni giuridiche non perseguono l'ideale della giustizia, ma sono veicoli per la libertà di scelta individuale. Si veda sul punto, KENNETH I. WINSTON, *The Ideal Element in a Definition of Law*, in "Law and Philosophy", 5(1), 1986, pp. 107–108; ID., *Is/Ought Redux: the Pragmatist Context of Lon Fuller's Conception of Law*, in "Oxford Journal of Legal Studies", 8(3), 1988, p. 334.

⁴² Il riferimento all'"ordine sociale" non è in senso sociologico. Sul rapporto tra teoria generale e sociologia del diritto, ALFONSO CATANIA, *Manuale di teoria generale del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2010⁴, p. 11 secondo cui: «... se il comportamento degli uomini viene richiamato nella formula che condiziona addirittura l'esistenza del diritto, quando noi affermiamo che il diritto c'è se è effettivo, se è obbedito, oppure con linguaggio più colto e raffinato, che l'effettività è la *conditio sine qua non* della validità del diritto, insomma se la situazione è questa, evidentemente vi è un profondo legame tra la teoria generale e la sociologia del diritto perché vi è un profondo legame tra i problemi afferenti la validità (il dover essere) e i problemi afferenti il comportamento degli uomini in relazione a una norma o a un sistema giuridico dato (l'essere)». La nozione di "ordine

pensata a mo' di rigido ed inerte monolite, ma è guardata come un'impresa umana cooperativa soggetta a differenti gradi di fallimento. Con una novità metodologica, e cioè quella di avere spostato l'asse del discorso da un livello sostanziale, riferibile al contenuto della legge, ad uno formale, ma non formalistico, ascrivibile alla procedura⁴³.

Si manifesta, sotto questo aspetto, una difficoltà identitaria, poiché Fuller non segue un singolo indirizzo intellettuale. Il suo approccio si mostra, in effetti, poliedrico e non facilmente etichettabile. Vi coabitano molte anime, dal realismo al positivismo moderato sino al giusnaturalismo⁴⁴. È lo stesso giusfilosofo ad ammetterlo in un passaggio del saggio *Means and Ends* (1981), quando, riferendosi alla sua teoria, afferma che questa:

policentrico” è in MICHAEL POLANYI, *La logica della libertà*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2002.

⁴³ Al riguardo, ROBERT S. SUMMERS, *Professor Fuller on Morality and Law*, in “Journal of Legal Education”, 18(1), 1965, p. 24 afferma che la teoria del diritto in Fuller, non rinviando a ideali sostanziali, «draws upon characteristics of man and basic elements of the human condition of which we must be cognizant if man is to be controlled through general rules». Si veda anche ALESSANDRA SCIURBA, *op. cit.*, p. 34.

⁴⁴ Per PHILIP SELZNICK, *Preface*, in WILLEM J. WITTEVEEN/WIBREN VAN DER BURG (eds.), *op. cit.*, p. 9: «That has helped bring us to a fresh perspective that may rekindle the spirit of realism, and absorb the truths of positivism, without losing what is most instructive in the philosophy of natural law». Ancora KRISTEN RUNDLE, *op. cit.*, p. 45: «it is [...] very difficult to situate his jurisprudence within any one intellectual tradition. [...] Fuller himself aligned his contribution with the natural law tradition in only a qualified sense, and one that he mapped along two main lines. First, it is clear that Fuller embraced the methodological tenor of natural law inquiry: as he put it in a working note for his ‘Reply to Critics’, despite its more ‘foolish’ assertions, the natural law tradition ‘does not bar off whole areas from investigations, it closes fewer doors of inquiry».

è piena di affermazioni che possono essere definite mediane. [...] Se la [mia] analisi spiazzerà coloro i quali sono alla ricerca di assoluti, allo stesso modo sarà poco persuasiva anche per coloro i quali si collocano al polo opposto del pensiero sociale, e [...] con tutta probabilità non eserciterà attrazione alcuna neanche nei confronti dei relativisti culturali che ritengono che tutti i giudizi di valore siano impressi negli individui dall'ambiente culturale. E non eserciterà maggiore attrazione neanche nei confronti degli scettici, i quali si mostrano convinti che ogni giudizio di valore che esprime una preferenza possiede una giustificazione di tipo emotivo e che dunque non è realmente un giudizio⁴⁵.

Ecco perché ogni tentativo volto a trovare un esatto e specifico inquadramento del pensiero di Fuller non appare sortire sempre buon esito⁴⁶. Non sono d'altronde mancate opinioni discordanti sul punto. Per alcuni, ad esempio, il modernismo filosofico della “teoria

⁴⁵ La traduzione è di ANDREA PORCIELLO, *L'idea di diritto implicito: un ipotetico dibattito tra Lon L. Fuller e Robert Alexy*, in “Diritto&Questioni Pubbliche”, 1, 2017, p. 333 e nt. 7. Cfr. LON L. FULLER, *Means and Ends*, cit., p. 62: «[...] abounds in what may be called affirmations of the middle range. [...] If [my] analysis is such as to alienate those who demands absolutes, it is perhaps equally true that the book will have little persuasiveness for those who stand at the opposite pole of social thought. [My] analysis is not likely to appeal to the cultural relativist who considers that all value judgments are impressed on the individuals by his social environment. Nor will the appeal be any greater for the ethical skeptic who asserts that any judgment expressing a preference for one state of affairs over another must be emotionally grounded and hence not properly a judgment at all».

⁴⁶ Sulla difficoltà di definire la posizione di Fuller, in analogia con quanto accaduto per Gustav Radbruch, scrive ANDREA PORCIELLO, *Principi dell'ordine sociale*, cit., pp. 25–26: «Uno dei precursori di tale stagione, prima ancora di Radbruch, è senz'altro Fuller. Se Radbruch, ormai sul finire della sua carriera, incorpora elementi che cozzano, almeno in parte, con l'impianto giuspositivista, fondamentalmente per reagire agli scempi e alle atrocità che si erano appena consumati in Germania e nel resto dell'Europa in nome di un *impotente diritto*; Fuller si qualifica antipositivista già negli anni trenta, e fondamentalmente per ragioni di carattere metodologico che prescindono completamente dalle contingenze della storia».

normativa procedurale” [*process-oriented*] di Fuller si staglierebbe nel solco del più ampio “pensiero giuridico normativo”. Secondo altri, Fuller avrebbe “tentato” di costruire una teoria giusnaturalistica nel contesto di una teoria giuridica procedurale con il fine di rintracciare criteri normativi interni al diritto per orientare l’interpretazione dei giudici, limitandone la discrezionalità⁴⁷. Altri ancora, infine, partendo da ciò che Fuller non-è, lo riconducono ad un antipositivismo di stampo “moderato” sulla scia della filosofia inclusiva altrettanto moderata del secondo Hart⁴⁸. Si potrebbe altresì rintracciare negli scritti fulleriani un qualche “antirealismo di maniera” opposto alle visioni di Holmes, Gray e Llewellyn, senza tuttavia rifuggire completamente dalla spinta strumental-pragmatista di condurre la scienza giuridica sul terreno empirico-fattuale⁴⁹. Non si è infine mancato di sostenere che l’idea *soft* del diritto in Fuller avrebbe alimentato ed anticipato, quasi trent’anni prima, i temi propri del movimento neo-costituzionalista, nella variante principialista o problematica di Dworkin, Nino e Alexy⁵⁰. Sotto questo aspetto, il

⁴⁷ Tale analisi è condotta da GARY MINDA, *op. cit.*, p. 96 (nella traduzione italiana). Sul “pensiero giuridico normativo”; cfr. anche PIERRE SCHLAG, *Normativity and the Politics of Form*, in “University of Pennsylvania Law Review”, 139(4), 1991, p. 801; ID., *Normativity and Nowhere to Go*, in “Stanford Law Review”, 43, 1990, p. 167.

⁴⁸ Il giudizio è di ANDREA PORCIELLO, *Principi dell’ordine sociale*, cit., p. 18 già espresso in ID., *Fuller’s Theory in Quest of Itself. The Fear of Immoral Morality*, in “Archiv für Rechts und Sozialphilosophie”, 101(1), 2015, pp. 1–15. Si veda anche PAUL CLITEUR, *Fuller Faith*, cit., pp. 101–104 e FREDERICK SCHAUER, *Fuller’s Internal Point of View*, cit., pp. 285–312.

⁴⁹ Il rapporto di Fuller con lo strumentalismo pragmatista è oggetto del saggio di ROBERT S. SUMMERS, *Professor Fuller’s Jurisprudence*, cit., pp. 433–449.

⁵⁰ È questa un’idea di ANDREA PORCIELLO, *Principi dell’ordine sociale e libertà individuale*, cit., pp. 18–19 e pp. 23–24 il quale precisa che: «[...] ai suoi tempi, le

modernismo filosofico di Fuller è un pendolo tra la tradizione del pensiero giuridico a lui precedente e le teorie postmoderne del diritto che prenderanno forma nelle *Law Schools* americane a partire dagli anni Sessanta, muovendosi tra la tentazione fideistica e il radicale relativismo, tra teorie fondazionali e la dilagante “incredulità verso le metanarrazioni”, per citare Jean F. Lyotard⁵¹.

E dunque, a voler inquadrare il pensiero di Fuller, una risposta interessante potrebbe ritrovarsi nelle critiche metodologiche rivolte al formalismo giuridico giusrealista e giuspositivista. Ma si può sin da ora affermare che, al di là di lievi differenze concettuali, la riflessione di Fuller sulle procedure giuridiche (ove piano fattuale e normativo si sovrappongono) possa iscriversi nella medesima stagione filosofica, ancora presente ai nostri giorni, del non-positivismo [*non-positivism*]⁵².

versioni teoriche *soft* non esistevano ancora, verranno inaugurate, ed in parte involontariamente, dallo stesso Hart sul finire della sua carriera. Negli anni trenta, quaranta e cinquanta dello scorso secolo, soprattutto in terra di *common law*, o si era positivisti, nelle varianti analitiche e realiste, oppure non si era *niente*, ed è proprio questo niente che toccò a Fuller ed anche, per alcuni versi, a Gustav Radbruch, quando, dopo la seconda guerra mondiale, contaminò il proprio giuspositivismo con elementi di diritto naturale perdendo, così facendo, la certezza della propria *identità scientifica*».

⁵¹ Mi riferisco a JEAN F. LYOTARD, *La condizione postmoderna. Rapporto sul sapere*, Feltrinelli, Milano, 1985, *passim*. Il concetto rappresenta l'essenza del postmodernismo descritta dal filosofo francese e cioè la messa in discussione di ogni racconto totalizzante, ovvero trascendentale o universale.

⁵² È questa un'idea che sembra emergere in alcuni passaggi della lettura degli scritti di Andrea Porciello considerati in questa ricerca. Si preferisce, tuttavia, la locuzione “non-positivismo” a quella di “antipositivismo”, in quanto, come si vedrà meglio nel quarto capitolo (ma è lo stesso filosofo ad ammetterlo nel suo scritto *Means and Ends* cit. alla nota 45), le considerazioni sul diritto implicito inducono Fuller ad elaborare una posizione mediana che non può pertanto definirsi di netta contrapposizione (ciò che invece la particella “anti” lascerebbe intendere).

1.2. Il non-positivismo metodologico di Fuller si fa strada sin dai primi contributi, *American Legal Realism* (1936), *The Law in Quest of Itself* (1940) e *Human Purpose and Natural Law* (1956)⁵³. In questi scritti, che rappresentano la *pars destruens* del suo percorso, si confronta con il nominalismo giusrealista e con il concettualismo giuspositivista. L'approccio complessivo che emerge dalle due critiche è equilibrato ed evita i riduzionismi del diritto alla effettività o alla validità normativa.

1.2.1. Quanto al realismo giuridico americano "behaviouristico" di Llewellyn, Holmes, Pound, Cardozo, Frank, pur dedicando alcune attenzioni, emergono nettamente le distanze metodologiche⁵⁴.

In questo senso è più semplice far riferimento a ciò che la speculazione fulleriana di certo non rappresenta.

⁵³ LON L. FULLER, *American Legal Realism*, in "University of Pennsylvania Law Review", 82(5), 1934, pp. 429–462; ripubblicato in "Proceedings of American Philosophical Society", 76, 1936, pp. 191–235 (saggio critico grazie al quale riceve il *Phillips Prize* dall'*American Philosophical Society*); il saggio è stato tradotto da Andrea Porciello: LON L. FULLER, *Il realismo giuridico americano*, in ID., *Scritti sulla certezza*, cit., pp. 30–70. Il volume *The Law in Quest of Itself*, cit., racchiude le tre *Lectures* tenute alla "Law School della Northwestern University" per la *Julius Rosenthal Foundation for General Law*. Infine, in *The Problems of Jurisprudence*, cit., p. 717, Fuller afferma: «[...] probably the principal motive that lies back of the modern tendency to exclude rigidly anything that savours natural law form legal thinking rests on a motive of methodology, on a desire to banish from the discussion any factor that works against symmetry and tight logic». Sull'antipositivismo metodologico di Fuller, KRISTEN RUNDLE, *op. cit.*, p. 25, mentre con riferimento al positivismo giuridico come "metodo" caratterizzato cioè dalla netta distinzione tra diritto reale e diritto ideale, ovvero tra diritto come fatto e diritto come valore, si veda NORBERTO BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Comunità, Milano, 1965, p. 105.

⁵⁴ Si veda sul punto ROBERT SUMMERS, *Professor Fuller's Jurisprudence*, cit., pp. 448–449. L'influenza del giusrealismo è anche in alcuni scritti giovanili sulle finzioni giuridiche e cioè *What is a Legal Fiction?*, *What Motives Give Rise to Legal Fiction?* e *Is Fiction an Indispensable Instrument of Thinking?*, in "Illinois

Come è noto, il realismo giuridico si riferisce, in senso lato, alle teorie di ispirazione pragmatista e sociologica che assumono come oggetto di studio non il diritto che sta nei libri (*law in books*), ma il diritto *realmente* operante (*law in action*), ad evocare la celebre distinzione di Pound⁵⁵. Il diritto è in questo modo visto come strumento pragmatico condizionato da fattori comportamentali, effettivi interessi, valori, ideologie politiche e dall'incidenza psicologica della decisione dei Tribunali. La norma è peraltro intesa come uno di tali fattori e diviene, pertanto, un mero criterio orientativo, non vincolante, delle decisioni giudiziali. In altre parole, le condizioni in senso ampio sociali assumono una grande rilevanza non solo per la stessa costruzione giuridica, ma anche per la questione della certezza che è incentrata sulla effettività. È questo l'approccio behaviouristico.

In senso stretto, invece, il giusrealismo si caratterizza per l'avversione radicale al formalismo logico nel diritto e di ogni forma di concettualismo⁵⁶. Quest'ultimo approccio, assecondando l'idea che la decisione sia solo il risultato di deduzioni logiche e non anche di attività euristica (induttiva e analogica), occulta in sede di giustificazione tutti i condizionamenti sociali che incidono sulla

Law Review", 25, poi raccolti in LON L. FULLER, *Legal Fictions*, Stanford University Press, Stanford, 1967 (il primo articolo è stato tradotto da Andrea Porciello nella versione *Cos'è una finzione giuridica?* in LON L. FULLER, *Scritti sulla certezza*, cit., pp. 109–143). Ma si veda anche, *American Legal Realism*, cit., pp. 429 ss., in cui Fuller descrive il realismo nelle sue varie anime.

⁵⁵ ROSCOE POUND, *Law in Books and Law in Action*, in "American Law Review", 44, 1910, pp. 12–36.

⁵⁶ In questo senso, GUIDO FASSÒ, *op. cit.*, p. 270.

decisione formalmente prodotta. Nascondendo tale materiale, tuttavia, è impedita la stessa predizione di ciò che le Corti effettivamente avrebbero deciso per i casi futuri⁵⁷.

Secondo il giusfilosofo, il giusrealismo, almeno nella variante americana, avrebbe smascherato tale “ipocrisia”⁵⁸, svincolando il diritto dal concettualismo dello *ius positivum*⁵⁹. Resta, tuttavia, il dissenso sul piano metodologico sotto due punti di vista, analizzati in *Il realismo giuridico americano*: i) l’avversione realista per i concetti; ii) l’inversione realista del rapporto diritto-società.

i) Dal primo punto di vista, il realismo sarebbe affetto da “nominalismo” in quanto le norme (e cioè i concetti) non avrebbero un’autonoma esistenza divenendo più che altro strumenti per catalogare gli oggetti, le cose, le realtà sensibili. Per i giusrealisti, in sostanza, anche le norme su carta [*paper rules*] sarebbero concetti che esistono solo ed esclusivamente in dipendenza dalla realtà. Ma Fuller ritiene che il concetto non è un mero oggetto trascendentale; è attività delle mente che può rendersi oggettiva quando trasforma la

⁵⁷ Occultando i condizionamenti psico-sociali della decisione, si finisce per alimentare la più grande incertezza. È questa l’idea di Fuller che è molto critico nei confronti del metodo formalistico, diffuso nell’America dei primi del 1900, nell’interpretazione del contratto, dei casi giudiziari, del *common law* e della regola legislativa. Si veda ROBERT S. SUMMERS, *Lon L. Fuller’s Jurisprudence and the Possibility It Was Much Influenced by G.W.F. Hegel*, in “Cornell Law Forum”, 10(1), 1983, p. 10.

⁵⁸ LON L. FULLER, *Il realismo giuridico americano*, cit., p. 42.

⁵⁹ *Ivi*, pp. 39 e 40. In particolare, sostenendo le buone ragioni della metodologia giusrealista, afferma Fuller: «mi rendo ben conto del fatto che una parte della prassi non verrà mai presa in considerazione all’interno dei libri giuridici, [...] per la puritana ragione per cui si crede che in realtà essa non sia “diritto” – nonostante si ammetta che abbia enorme influenza sulle decisioni dei giudici». Cfr. *Ivi*, p. 43.

realtà in termini logici. Tale attività mentale, di natura concettuale, è fondamentale per la costruzione di “fatti istituzionali” che cioè esistono a partire da una certa qualificazione normativa⁶⁰. Di qui il primo limite del realismo giuridico.

ii) Sotto il secondo punto di vista, i giusrealisti avrebbero sottovalutato il ruolo centrale che le norme rivestono nel predeterminare i comportamenti in società e, in particolare, quelli dei giudici nel decidere. Per il giusrealismo, infatti, il diritto si riduce al comportamento dei giudici e la scienza giuridica altro non è che tecnica di previsione di tale comportamento. Con la conseguenza che difficilmente le norme giuridiche possono servire come guida per la vita. Ciò che conta non sono le norme, ma la società la quale si dà un proprio ordine che riceve solo in minima parte dal diritto. Da questa angolazione, Fuller assume una posizione differente: se è vero che i comportamenti e le decisioni dei giudici possono essere influenzati dal contesto culturale, ogni sbilanciamento in favore della società o del diritto è soggetto a fallimento. In altre parole, ci sono casi in cui

⁶⁰ *Ivi*, p. 53. Scrive Fuller: «il concetto non è affatto un contenitore o un ‘oggetto’, è bensì un’attività della mente. L’oggettivizzazione avviene quando trasformiamo quest’attività mentale in termini logici. Di certo può avvenire che questo processo di trasformazione di un’attività dinamica in un ‘oggetto’ statico determini una qualche distorsione, ma ciò non comporta la necessità di accentuare tale distorsione attraverso l’ingiustificata convinzione per cui l’intenzione e il pensiero debbano essere indirizzati a cose e non a classi». L’analisi dei fatti istituzionali, cioè fatti che sono pensati dal soggetto, in contrapposizione ai fatti bruti, che esistono a prescindere dal soggetto, è invece di JOHN R. SEARLE, *The Construction of Social Reality*, Free Press, New York, 1995.

il diritto è il principio attivo e la società materia inerte e casi in cui il diritto resta inerte e la società attiva⁶¹.

La scienza giuridica dal punto di vista del realismo coincide, pertanto, con la sociologia dei comportamenti giudiziari ove il diritto viene in risalto solo nel momento patologico. Riducendo, però, l'esperienza giuridica soltanto alle decisioni giudiziali e perciò ai fatti, il diritto si lega esclusivamente all'*essere* e non anche al suo valore che è il *dover essere*. Invece, il momento procedurale alla base di ogni decisione ha pure un suo fondamento normativo e promozionale che va necessariamente indagato, perché costitutivo del fenomeno giuridico⁶².

1.2.2. Nei confronti del formalismo giuspositivistico, soprattutto di Kelsen, la critica è già in alcune pagine di *The Law in Quest of Itself* (1940) e di *The Problems of Jurisprudence* (1949), poi riprese in *The Morality of Law* (1964)⁶³.

⁶¹ LON L. FULLER, *Il diritto alla ricerca di se stesso*, cit, p. 58: «Ci sono due modi estremi, e perciò semplicistici, di guardare al rapporto tra diritto e società. Il diritto può essere concepito come il principio attivo attraverso cui dar forma alla società, quale elemento inerte. Questa è la concezione cui tende la scuola imperativista, nonché quella tacitamente assunta da gran parte degli autori giuridici privi di una particolare inclinazione filosofica. E all'altro estremo troviamo l'idea per cui la società sia il principio attivo ed il diritto semplicemente una sua funzione».

⁶² In *Il realismo giuridico americano*, cit., p. 56, Lon L. Fuller sostiene che: «Il diritto, in quanto principio di guida cosciente, viene relegato sullo sfondo, e diviene un sorta di levatrice, chiamata solo occasionalmente per contribuire allo svolgimento dei processi naturali, ma senza prendere parte alla loro creazione».

⁶³ Fuller analizza le varianti del giuspositivismo in LON L. FULLER, *Readings in Jurisprudence*, by J. Hall, Book Review, in "University of Pennsylvania Law Review", 87, 1939, p. 627, nt. 2; cfr. anche ID., *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(4), 1954, p. 467. In *Il diritto alla ricerca di se*

Come si sa, il positivismo giuridico ricorre alla norma per qualificare la giuridicità e ricavare i concetti giuridici. Tale approccio viene definito “puro” poiché elimina tutto ciò che non è riferibile *stricto sensu* ad un oggetto esattamente determinato. Viene così escluso ogni riferimento ai valori e ad elementi ideologici [*sources thesis*]. In pratica la scienza giuridica “pura” si occupa solo di ciò che è valido (e cioè esistente *in e per* l’ordinamento)⁶⁴. Il che implica l’adesione alla *humana* “Grande Divisione”, la *separation thesis* tra *essere e dover essere*⁶⁵, tra il mondo della natura fondato sul principio

stesso, cit., p. 113, il filosofo si oppone alla dicotomia di Kelsen secondo cui il diritto naturale, come la morale, sarebbe statica, mentre il diritto, come il sistema formale di produzione delle norme, dinamico. Come è noto, Kelsen distingue gli ordinamenti statici da quelli dinamici. I primi sono quelli in cui il contenuto delle norme può essere dedotto attraverso un metodo logico deduttivo dalla norma fondamentale (divina o razionale). Ne è un esempio la morale. Sono dinamici, invece, quegli ordinamenti in cui la norma fondamentale non indica il contenuto delle norme inferiori, ma delimita l’autorità del potere legiferante, come accade con il diritto. In questo senso, per Kelsen, le norme traggono la validità dalla forma più che dal contenuto. Secondo questa impostazione, al vertice di tale ordinamento formale vi è la *Grundnorm*, la norma giuridica fondamentale secondo cui si deve obbedire alla costituzione effettivamente stabilita ed efficace. Tale norma non è il prodotto dell’autorità, ma della logica, essa cioè non è posta, ma è presupposta all’idea stessa di ordinamento e ai comportamenti effettivi di una comunità. È il punto chiave, tra l’altro, della *Reine Rechtslehre* [*Dottrina pura del diritto*] (1934, 1960²) di Kelsen.

⁶⁴ Secondo il giuspositivismo, come per ogni visione formalistica del diritto, le norme sono valide, e cioè esistono, solo all’interno dell’ordinamento che è, dunque, uno spazio delimitato; e sono valide «tutte e solo le norme o *validate* secondo regole di *formazione* (regole da cui nascono nuove norme), o *validabili* secondo regole di *trasformazione* dello stesso ordinamento (regole che trasformano norme di altro tipo, come, ad esempio, le norme di costume, in norme giuridiche»: è questa la definizione data da ANTONIO INCAMPO, *Filosofia del dovere giuridico*, Cacucci, Bari, 2019³, pp. 19 e 25 (in queste pagine Incampo descrive il ruolo delle norme secondarie o di struttura secondo Hart per l’architettura del diritto).

⁶⁵ Interessanti spunti di riflessione, anche se non gli unici, sullo sconfinato tema del rapporto tra “essere” e “dover essere”, si segnala GUGLIELMO SINISCALCHI, *Esistenza e dovere in G.E. Moore*, Adriatica, Bari, 2004; ID., *Forma e materia del*

di causalità e quello delle norme (proposizioni di doverosità costruite sul nesso di imputazione tra fatto condizionante e la conseguenza condizionata). Per il normativismo kelsensiano, ad esempio, conta principalmente la norma. Qui, il fatto condizionante è il «senso di un atto di volontà» [*Willensakt*]⁶⁶, mentre il fatto condizionato è, in senso lato, la sanzione. Il “dover essere” del diritto, però, non si riferisce al comportamento del soggetto, ma alla conseguenza sanzionatoria.

In base a tale impostazione, la scienza giuridica si limiterebbe a descrivere, in maniera neutrale ed avalutativa, il diritto la cui natura è essenzialmente prescrittivo-sanzionatoria: il diritto, cioè, non è caratterizzato da descrizioni di prescrizioni, ma da sole prescrizioni.

diritto, in BRUNO MONTANARI (a cura di), *Luoghi della filosofia del diritto. Idee strutture mutamenti*, Giappichelli, Torino, 2012²; GAETANO CARCATERRA, *Il problema della fallacia naturalistica. La derivazione del dover essere dall'essere*, Giuffrè, Milano, 1969; BRUNO CELANO, *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla legge di Hume*, Giappichelli, Torino, 1994; JOHN R. SEARLE, *How to Derive 'Ought' from 'Is'*, in PHILIPPA FOOT (ed.), *Theories of Ethics*, Oxford University Press, Oxford, 1967, pp. 101–114; GEORG H. VON WRIGHT, *Is and Ought*, in EUGENIO BULYGIN (ed.), *Man, Law and Modern Forms of Life*, Reidel, Dordrecht, 1985, pp. 263–281.

⁶⁶ In *Teoria generale delle norme* e in *Dottrina pura del diritto*, Kelsen rileva che il giudizio del giudice non è propriamente frutto di un giudizio in senso logico, ma è una norma ovvero è la conseguenza di un atto di volontà del tribunale competente. Tale norma non sarebbe predicabile di verità, ma di validità: e cioè valida solo se è posta da una autorità competente. Si veda in particolare, HANS KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen*, herausgegeben von Kurt Ringhofer und Robert Walter, Manzsche Verlags und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1979, p. 185; traduzione italiana di Mirella Torre, *Teoria generale delle norme*, Einaudi, Torino, 1985, p. 385. Si veda anche ID., *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und Rechtspositivismus*, Rolf Heise, Charlottenburg, 1928; traduzione italiana di Sergio Cotta e Giuseppe Treves, *La dottrina del diritto naturale e il positivismo giuridico*, in ID., *Teoria generale del diritto e dello stato* [Appendice], Giuffrè, Milano, 1959³ p. 407.

La scienza del diritto diviene, in questo modo, un meta-discorso composto di proposizioni descrittive di proposizioni giuridiche prescrittive. Con la conseguenza, nello scenario immaginato da Kelsen, che le norme o esistono o non esistono. La scienza giuridica, inoltre, non perde il suo carattere descrittivo, neutrale e avalutativo, nemmeno quando si sostiene che il diritto non sia composto da entità fattuali, ma da oggetti valoriali.

All'opposto, tale approccio non è, perché non può essere, avalutativo ed incontrovertibilmente "puro", nel senso fatto proprio da Kelsen⁶⁷. Sostenere una metodologia giuridica "pura", invece, significa dare vita a finzioni «generate dalla nostra predilezione per i modelli che ci permettono di vedere nitidi diagrammi al posto della complessa e cangiante realtà; [...] probabilmente il principale motivo che sta alla base della moderna tendenza ad escludere in modo netto dal pensiero giuridico tutto ciò che rimanda al diritto naturale poggia su ragioni di carattere metodologico, sul desiderio di eliminare dalla discussione tutti gli elementi che possono minare la simmetria e la logica»⁶⁸.

⁶⁷ La metodologia fulleriana si mostra ancora una volta "ibrida" quando si tratta di cogliere i fondamenti stessi della complessa realtà giuridica. Fuller, infatti, non nega la rilevanza del momento assiologico per il diritto, soprattutto quando si tratta di raggiungere la perfezione umana nella logica della *morality of aspiration*, ma aderisce all'idea "secolare" secondo cui esistono dei principi neutrali del *rule of law*. Cfr., WILLIAM POWERS Jr., *Lon L. Fuller, by Robert Summers*, Book Review, in "Duke Law Journal", 34, 1985, p. 221.

⁶⁸ LON L. FULLER, *The Problems of Jurisprudence*, cit., p. 717 nt. 50 p. 51. Cfr. anche PAULINE WESTERMAN, *Means and Ends*, in WILLEM J. WITTEVEEN/WIBREN VAN DER BURG (eds.), *op. cit.*, p. 158.

In definitiva, per dirla con Fuller, i positivisti non sarebbero:

«riusciti a capire che nel cangiante mondo dei fatti, così come nel mutevole mondo del diritto, l'essere e il dover essere sono fusi in modo inseparabile. Il risultato è consistito in un'evidente preferenza per quei fatti che possono essere rappresentati staticamente e graficamente; un'apparente oggettività è stata così acquistata al costo di sacrificare significativamente la realtà. 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 separazione tra essere e dover essere considerata così importante per il diritto»⁶⁹.

1.2.3. Sia il giusrealismo, sia il giuspositivismo sono accomunati da una metodologia che distingue nettamente ciò che il diritto è da ciò che *deve essere*. Separazione che, agli occhi di Fuller, pare essere un artefatto, come lo è la divisione tra diritto e società, ragione e decisione, mezzi e fini.

Da un lato il realismo giuridico, rafforzando il rapporto tra diritto e società, riduce la questione giuridica alla sua effettività e intende la norma come un concetto, un "nome" vuoto. Dall'altro il positivismo giuridico che, sostenendo l'autonomia categoriale della norma

⁶⁹ LON L. FULLER, *Il diritto alla ricerca di se stesso*, cit., p. 84.

rispetto alla società, la priva della sua effettività. Secondo il filosofo, invece, è vero che il diritto si colloca nella realtà sociale, ma si tratta pur sempre di un *fatto istituzionale* con un proprio statuto ontologico che gli deriva dalla norma. Anche il momento normativo diviene, pertanto, essenziale per qualificare i comportamenti sociali come atti giuridici. In questo senso, a voler richiamare Kant, si può dire che la società (*l'essere*) senza la norma è cieca, la norma (*il dover essere*) senza la società è vuota. Di qui la natura composita del concetto di diritto.

Fermo restando lo stretto rapporto tra diritto e società, infatti, la questione rimane quella di capire la direzione propria della giuridicità vista come uno sforzo umano finalizzato. In questo senso, la metodologia critica fulleriana diviene propriamente fenomenologia perché, indagando l'essenza delle cose, riscopre il carattere procedurale del fenomeno giuridico. Le procedure, difatti, sono effettive sia perché costruite in base alle interazioni sociali, sia in quanto si fondano sul loro carattere normativo per la costruzione del "buon ordine".

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 sociale⁷⁰. Se, dunque, il diritto è fenomeno complesso, altrettanto complessa deve essere la

⁷⁰ Non basta, in altre parole, una metodologia formalistica come quella giuspositivistica. Secondo KRISTEN 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».

metodologia volta a indagarlo in tutti i suoi molteplici aspetti. Aspetti che non solo si rinvengono in elementi espressi, ma anche in quelli definiti come “*implicit laws of lawmaking*”⁷¹. In questo senso, l’indagine giuridica non può che partire dal carattere intrinsecamente morale delle procedure.

1.3. La metodologia appena accennata si colloca all’interno della tradizione giuridica di *common law*, soprattutto nord-americana, più “elastica” e meno formale rispetto a quella inglese. 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 persino la possibilità di sindacare ed eventualmente invalidare il contenuto delle leggi e degli atti di governo se in contrasto con la moralità procedurale, con ciò rievocando la nota pratica del *judicial review*. 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;

⁷¹ LON L. FULLER, *Anatomy of the Law*, Praeger, New York, 1968, pp. 87–99; ID., *Positivism and Fidelity to Law*, cit. p. 641.

una ragione che va scoperta ed applicata alle mutate circostanze⁷². Alla base di tale edificio vi è il passaggio che ha contraddistinto l'evoluzione del *common law* nella prima metà del secolo scorso, dalla teoria classica a quella moderna dello *stare decisis*, da una visione rigida e formalistica della decisione (in parte ancora presente nella tradizione del diritto inglese) ad una “creativa” e “sapienziale” che adegua il diritto ai cambiamenti culturali di una certa comunità.

Si coglie anche in questo modo l'originalità metodologica di Fuller. La sua teoria del diritto è, infatti, riconducibile alla tradizione e alla cultura di *common law*⁷³. Gli elementi che lasciano propendere per questa conclusione sono molteplici e disseminati nei suoi scritti, anche in quelli, altrettanto noti, dedicati al *private law*⁷⁴. D'altronde,

⁷² Sul punto, UGO MATTEI, *Il modello di common law*, Giappichelli, Torino, 2010³, p. 143; JOHN HAMILTON BAKER, *An Introduction to English Legal History*, Butterworths, London, 1990³, 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. WILLIAM BLACKSTONE, *Commentaries on the Laws of England*, Vol. I, University Chicago Press, Chicago, 1979⁵.

⁷³ 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. LON L. FULLER, *Reason and Fiat in Case Law*, in “Harvard Law Review”, 59, 1946, pp. 391–392.

⁷⁴ I primi scritti di Fuller sono dedicati proprio al diritto civile e all'economia (disciplina in cui peraltro si era laureato alla Stanford University nel 1924). Studi che hanno inciso sulla sua costruzione teorica. Si segnala, sul tema dell'usucapione, LON L. FULLER, *Adverse Possession – Occupancy of Another's Land under Mistake as to Location of a Boundary*, in “Oregon Law Review”, 7(4), 1928, pp. 329–339; sul tema delle finzioni giuridiche, ID., *Legal Fictions*, cit. (che raccoglie i lavori già pubblicati ID., *Legal Fictions*, in “Illinois Law Review”, 25(4), 1930–1931, pp. 363–399; ID., *Legal Fictions*, in “Illinois Law Review”, 25(5), 1930–1931, pp. 513–546; ID., *Legal Fictions*, in “Illinois Law Review”, 25(6), 1930–

il modello di diritto anglo-americano sembra potere meglio afferrare la complessità del fenomeno giuridico ed i meccanismi interni del suo funzionamento, una complessità che richiede quel necessario bilanciamento pratico tra i beni giuridici in gioco e il fine ultimo di realizzare ciò che il giusfilosofo definisce “ordine sociale” [*social order*]. Il *common law*, dunque, non è inteso come un semplice sistema di diritto positivo, né come una mera raccolta di decisioni. Esso è piuttosto una mentalità e una metodologia per usare l’insieme dei principi fondamentali, radicati nell’*ethos* di una cultura, che costituiscono il cuore centrale dell’attività giuridica⁷⁵. Anche il modello del precedente riverbera tale idea e difatti è costruito sui valori impliciti resi espliciti dalla pratica giudiziale grazie al metodo del ragionamento giuridico⁷⁶. In questo modo, il diritto (che è impresa cooperativa di “agenti responsabili”) diviene fenomeno essenzialmente culturale, non meccanico o meccanizzabile, come

1931, pp. 977–910); sulle problematiche della pratica giuridica, LON L. FULLER, *The Special Nature of the Wage-Earner’s Life Insurance Problem*, in “Law and Contemporary Problems”, 2(1), pp. 10–48, con una sua prefazione; in materia contrattuale LON L. FULLER/WILLIAM R. PERDUE, *The Reliance Interest in Contract Damages, I*, in “The Yale Law Journal”, 46, 1936, pp. 52–96; ID., *The Reliance Interest in Contract Damages, 2*, in “The Yale Law Journal”, 46(3), 1937, pp. 373–420 ed infine LON L. FULLER, *Consideration and Form*, in “Columbia Law Review”, 41(5), 1949, pp. 779–824; ID., *Basic Contract Law*, West Publishing, S. Paul, Minnesota, 1947.

⁷⁵ In questo senso, ANDREA PORCIELLO, *Principi dell’ordine sociale e libertà individuale*, cit., p. 168.

⁷⁶ In *Reason and Fiat*, cit., pp. 378 e 380, ma lo si vedrà anche nel prossimo capitolo, 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. KRISTEN RUNDLE, *op. cit.*, p. 169.

sosteneva il positivismo giuridico ortodosso⁷⁷, frutto della interrelazione tra regole giuridiche poste e pratiche sociali informali⁷⁸.

Al contempo, il compito di tracciare la strada verso una “*purposive jurisprudence*” aperta ai principî etici ed ai valori non è certamente facile perché il campo è minato⁷⁹. A voler cogliere la complessità giuridica attraverso la comprensione delle molteplici finalità che muovono le comunità si rischia, infatti, di ricercare verità autofondate (come quelle giusnaturalistiche). Pericolo che Fuller elude non affrontando, ad esempio, un qualche discorso esplicito attorno alla “moralità esterna al diritto” [*external morality of law*] ed alla giustizia.

In questo senso tale metodologia è situata ancora una volta a metà strada tra l’oggettivismo concettuale, quasi religioso, del giusnaturalismo tradizionale e l’imperativismo pre-hartiano di

⁷⁷ PETER R. TEACHOUT, *Uncreated Conscience: The Civilizing Force of Fuller’s Jurisprudence*, in WILLEM J. WITTEVEEN/WIBREN VAN DER BURG (eds.), *op. cit.*, cit., p. 230.

⁷⁸ 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 reso difficile. Cfr. LON L. FULLER, *Lon Fuller to Thomas Reed Powell*, in ID., *The Principles of Social Order*, cit., pp. 302–303. Basti pensare alla ineffettività del diritto non riconosciuto dalla cultura di un ordine sociale esistente come, ad esempio, per i reati culturalmente orientati. Sul tema, KENNETH I. WINSTON, *Introduction*, cit., p. 4.

⁷⁹ Il concetto di “*purposive jurisprudence*” sembra riprendere quello di “giurisprudenza degli interessi” [*Interessenjurisprudenz*], concezione giusfilosofica che trovò espressione nel XX secolo all’interno del movimento anti-formalista, che rivendicava maggiore libertà per il giudice, in opposizione ad una “giurisprudenza dei concetti” [*Begriffsjurisprudenz*]. Si veda, in particolare, RUDOLF VON JHERING, *La lotta per il diritto*, Laterza, Bari-Roma, 1935; ID., *Lo scopo nel diritto*, Einaudi, Torino, 1972.

derivazione austiniana⁸⁰. Sotto questo aspetto, Fuller non si limita a verificare solamente se una decisione (legislativa, governativa o giudiziaria) sia valida, ma anche a capire quale procedura sia in grado di realizzare al meglio il significato dialettico del fenomeno giuridico.

In ultimo, non v'è dubbio che tale contesto segni fortemente il carattere “polare” del concetto fulleriano di diritto⁸¹. Si coglie così la sua particolare visione: da un lato l'origine naturale del diritto come è nella tradizione non positivista tipica del *common law*, in cui i giudici, attraverso la particolare struttura delle sentenze, scoprono il diritto in quanto custodi di un patrimonio sapienziale, dall'altro il formalismo più o meno accentuato a seconda del modello di riferimento (inglese o americano) rappresentato dall'atteggiamento di fronte al principio di autorità e ai correlati corollari positivistic

⁸⁰ Cfr. LON L. FULLER, *American Legal Philosophy*, cit., pp. 457–485. Secondo l'imperativismo *à la* Austin, la norma giuridica valida è quella che viene posta dalla volontà di un'autorità sovrana. Dunque, in Austin il diritto è un comando la cui obbligatorietà deriva dalla minaccia di una sanzione e dall'abitudine all'obbedienza. Cfr. sul punto LON L. FULLER, *Anatomy of the Law*, cit., pp. 44–45. Per il concetto di diritto austiniano, cfr. JOHN AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence, or, the Philosophy of Positive Law*, Henry Holt, New, York, 1975; ID., *The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence*, The Noonday Press, New York, 1954.

⁸¹ È questa l'idea di ALESSANDRO DAL BROLLO, *op. cit.*, 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 porre in essere attività tese a costruire una visione integrata tipica della esperienza di *common law*. Ciò implica che l'analisi del diritto, e il metodo usato per comprenderlo, debbano essere necessariamente problematici. LON L. FULLER, *Reason and Fiat*, cit., pp. 381 e 392. Fuller, tra l'altro, rimanda al “principio di polarità” di Morris Cohen. Questo aspetto è discusso in PETER R. TEACHOUT, *The Soul and the Fog: An Essay on Reading Fuller*, in “Minnesota Law Review”, 70, 1986, pp. 1105–1110.

quale, in particolare, la regola *stare decisis*. Perciò il modello di *common law* americano costituisce un indubbio punto di riferimento per la fenomenologia della moralità intrinseca delle procedure giuridiche che non si limitano al solo *rule of statute*, come è nella tradizione codicistica, ma anche al *rule of precedent*, entrambi considerati come limitazione giuridica all'esercizio del potere⁸².

Per questo «la teoria di Fuller può essere interpretata come un tentativo di elaborare un nuovo approccio al diritto “ethically oriented” basato sulle dinamiche tipiche del *common law*»⁸³.

1.4. La rivalutazione della filosofia fulleriana è il segno della sua trasversalità, perché in grado di cogliere ed interpretare i grandi mutamenti del diritto a partire dal tramonto dell'idea di “ordinamento” inteso come spazio geometrico chiuso⁸⁴, oggi sostituito da un nuovo ordine giuridico difficile da leggere secondo le fonti ordinarie⁸⁵. Il peso di tale cambiamento si avverte, ad

⁸² Il *rule of precedent* è proprio dei sistemi di *common law* e limita il potere legislativo statale attraverso il diritto giurisprudenziale; il *rule of statute* è tipico dei paesi di *civil law*, limitato oltre che dal *rule of law* anche della costituzione.

⁸³ KRISTEN RUNDLE, *op. cit.*, p. 169.

⁸⁴ Il tema dei grandi mutamenti del diritto è in ANTONIO INCAMPO, *Explicit o dell'equilibrio eterno del diritto: visioni mesofattuali di scienza giuridica*, in ID., *Filosofia del dovere giuridico*, Cacucci, Bari, 2019³, pp. 193–216. Secondo l'Autore, non sono più sufficienti a spiegare il concetto di “ordinamento” i tre elementi chiave che, stando all'idea kelseniana di validità [*Geltung*] come “esistenza specifica di una norma” [*spezifische Existenz einer Norm*], identificano la validità giuridica e cioè: (i) l'*ordinamento*; (ii) lo *spazio* in cui l'*ordinamento* trova la sua efficacia (ove è “effettivamente statuito ed efficace”); (iii) la *norma* da cui dipende la qualificazione e la trasformazione giuridica di fatti sociali.

⁸⁵ Non a caso i temi fulleriani e la relativa impostazione teorica sono ripresi da FRANCESCO VIOLA, *Rule of Law. Il governo della legge ieri ed oggi*, Giappichelli, Torino, 2011, e dello stesso autore, *Diritto naturale italiano*, in “Nova et Vetera”,

esempio, con il processo di costituzionalizzazione di spazi sovranazionali e con lo stesso tentativo di costituzionalizzare lo spazio internazionale; processo che postula, innanzitutto, una discussione essenzialmente morale non solo da un punto di vista teorico, ma anche pratico⁸⁶. E si può ancora guardare al ruolo, sempre più centrale per il concetto di diritto e per le proprietà che gli competono, ricoperto dagli elementi informali (si direbbero “impliciti”) per la costruzione anche giudiziale di alcune figure giuridiche. Si pensi, per citare solo alcuni fenomeni, all’uso frequente dei “concetti-valvola” e delle clausole generali, utilizzati spesso, pure in ambito sovranazionale, per consentire all’interprete maggiore

IV(2), 2002, p. 44; si veda anche GIANLUIGI PALOMBELLA, *È possibile una legalità globale? Il Rule of law e la governance del mondo*, Il Mulino, Bologna, 2012, pp. 55–66; ID., *Dopo la certezza: il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, Dedalo Edizioni, Bari, 2006, pp. 82 e ss.; MASSIMO LA TORRE/ ALBERTO SCERBO (a cura di), *Una introduzione alla filosofia del diritto*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2003, pp. 85–110; MAURO BARBERIS, *Breve storia della filosofia del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2004, pp. 32–33. Infine, si deve segnalare, sulla sponda analitica, PIERLUIGI CHIASSONI, *Finzioni giudiziali. Progetto di voce per un vademecum giuridico*, in PAOLO COMANDUCCI/ RICCARDO GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 71–94.

⁸⁶ MARIO DOGLIANI, *(Neo)costituzionalismo: un'altra rinascita del diritto naturale? Alla ricerca di un ponte tra neocostituzionalismo e positivismo metodologico*, in “Costituzionalismo.it”, 2, 2010, par. 3; vedi anche LUIGI FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in “Giurisprudenza costituzionale”, 3, 2010, pp. 2771 e ss.; GIORGIO PINO, *Principi, ponderazione e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici*, in “Giurisprudenza costituzionale”, 56, 1, 2011, pp. 965–997; SUSANNA POZZOLO, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2001.

libertà di movimento alla luce dell'apertura "etica" del caso alla norma⁸⁷.

La metodologia procedurale, impostata a partire dalla questione, al contempo speculativa e pratica, su "cosa fa" il giurista (come specialista non degli animi, ma delle strutture o delle procedure) coglie in questo modo l'incompletezza del diritto positivo e la sua insufficienza a spiegare il proprio funzionamento nel suo darsi empirico-fenomenico⁸⁸. D'altra parte, l'immagine del diritto come impresa umana soggetta a differenti gradi di insuccesso⁸⁹ svela le sue molte facce. Esso è più che altro un insieme, non ordinato, di elementi espliciti [*explicit law*] e di elementi impliciti [*implicit law*]. Entrambi hanno il loro bel peso per la comprensione della giuridicità: il diritto

⁸⁷ Di "apertura etica" parla LUIGI LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, Cedam, Padova, 1981², p. 36–38.

⁸⁸ Il riferimento al lemma "metodologia giuridica" che, nel significato dato da LUIGI LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, cit., 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 per Fuller anche la *legal education*, a cui ha dedicato 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* (a cui il filosofo ha dedicato dodici articoli) dell'avvocato, non solo immerso nella *litigation*, ma anche proteso a verificare se le persone stiano facendo le cose giuste (sul punto, LON L. FULLER, *Positivism and Fidelity to Law*, cit., p. 643); cfr. anche LON L. FULLER, *The Legal Mind*, in "Atlantic Monthly", 152, 1933, pp. 93–94; ID., *A Memorandum on the Teaching of Law*, in HAROLD J. BERMAN (ed.), *On the Teaching of Law in the Liberal Arts Curriculum*, Foundation Press, New York, 1965; ID., *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 ALESSANDRA CALLEGARI, *op. cit.*, pp. 44–49.

⁸⁹ LON L. FULLER, *The Problems of Jurisprudence*, cit., p. 694.

non può essere ridotto alla sola “volontà esplicita” [*fiat*] o alla “pura ragione implicita” [*reason*], ma servono entrambe⁹⁰.

E però nella visione di Fuller non vi è solo il diritto e la sua moralità intrinseca (oggetto del capitolo secondo). Il concetto di ordinamento viene infatti sostituito con quello di “ordine sociale” contrassegnato da “forme di propositività umana” denominate “forme dell’ordine sociale” che, in ragione della propria specifica moralità intrinseca consentono alle persone di «vivere e lavorare con successo»⁹¹. Si tratta delle interazioni di costume, dell’ordine contrattuale, dei procedimenti di legislazione, di arbitrato, di mediazione, di interpretazione, e per finire, della direzione manageriale, emanazione autoritaria di direttive nei confronti di subordinati secondo compiti e fini stabiliti da un superiore (è il terzo capitolo).

I principi procedurali di ogni forma di ordine sociale, tuttavia, possono anche essere impliciti e cioè restare taciti. Per tale ragione, il fenomeno giuridico non è riconducibile alla sola questione della validità, ma si spinge oltre il formalismo, verso ciò che è implicito al diritto esplicito⁹². Ad afferrare tale dimensione si pone l’euristica

⁹⁰ In particolare, in *Reason and Fiat*, cit., p. 381, Fuller sostiene che le istituzioni giuridiche possono aiutare la volontà del giudice nella scelta della migliore decisione possibile e nella ricerca della ragione giuridica. Pertanto, la posizione di Fuller è ancora una volta in equilibrio tra ciò che è (*fiat*) e ciò che *deve essere* (*reason*).

⁹¹ LON L. FULLER, *The Problems of Jurisprudence*, cit., p. 694.

⁹² NICOLA LACEY, *Philosophy, Political, Morality and History: Explaining the Enduring Resonance of the Hart-Fuller Debate*, in “New York University Law Review”, 83(4), 2008, pp. 1059–1087. Secondo GERALD J. POSTEMA, *Implicit Law*, in WILLEM J. WITTEVEEN/WIBREN VAN DER BURG (eds.), *op. cit.*, p. 255: «[...]

della morale dell'intenzionalità: la sola capace di accordare armonicamente tutti gli elementi, fattuali e valoriali, integrandoli nella complessa impresa di produrre ed applicare le norme giuridiche. L'approccio è dunque quello proprio della fenomenologia come "scienza delle essenze" [*Wissenschaft der Wesen*]. Andando "verso le cose stesse" [*zu den Sachen selbst*] si scopre che l'impresa di produrre diritto è *fondamentalmente* umana, poiché solo il soggetto è in grado di comprendere il carattere intrinsecamente teleologico dell'attività giuridica. In definitiva, il discorso procedurale riconosce e rafforza il valore costitutivo della persona umana quale agente responsabile. È il nostro quarto capitolo.

In questa prospettiva, l'*oggetto* (le procedure giuridiche) non può che avere origine nel *soggetto*. Per tale motivo, non è superfluo tornare a parlare (o ri-appropriarsi) del ruolo del soggetto nel diritto proprio nel momento in cui è messo in discussione (se non, addirittura, negato) dalla rivoluzione *cibernetica* e dalla interpretazione algoritmica della realtà giuridica. È l'idea, tra l'altro, presupposta all'euristica della *morality of aspiration*.

partial to the intellectual flavour of made law [...] attend exclusively to laws enacted by authorized law-applying institutions. Consequently, they overlook the vast body of law lying beneath the surface of the phenomena they seek to understand». Un confronto con il tema del diritto muto è in RODOLFO SACCO, *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Il Mulino, Bologna, 2005 e ID., *Antropologia giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2007.

2. LA MORALITÀ INTRINSECA DEL DIRITTO.

SOMMARIO: 2.0. Morale e diritto. – 2.1. *Morality of duty e morality of aspiration*. – 2.1.1. *Essere e dover essere*. – 2.1.2. Un confronto tra morale ed economia dello scambio e dell'utilità marginale. – 2.1.3. Il labile confine tra le due morali. – 2.2. *Inner morality of law*. – 2.2.1. Otto precetti della morale procedurale. – 2.2.1.1. Generalità. – 2.2.1.2. Pubblicità. – 2.2.1.3. Tendenziale irretroattività. – 2.2.1.4. Chiarezza. – 2.2.1.5. Non-contraddittorietà. – 2.2.1.6. Efficacia. – 2.2.1.7. Stabilità. – 2.2.1.8. Congruenza. – 2.2.2. Elementi ideali per una definizione della legalità. – 2.3. *External morality of law*. – 2.3.1. Il problema dell'*in-group*. – 2.3.2. Il diritto come esperienza dell'intenzionalità morale umana. – 2.3.3. Il legame tra *inner* ed *external morality*. – 2.4. Onto-assiologia del diritto.

2.0. Il diritto non è un semplice fatto⁹³. Emerge, in particolare, il suo carattere finalizzato, qualità che gli conferisce particolare valore, dandogli senso e direzione. In questa veste, il fenomeno giuridico è capace di comprendere in sé anime tra loro complementari ed interdipendenti, tutte connotate in qualche modo dal legame polare tra “essere” [*Sein*] e “dover essere” [*Sollen*]⁹⁴, o tra “morale del dovere” [*morality of duty*] e “morale dell'intenzionalità” [*morality of aspiration*]⁹⁵.

⁹³ LON L. FULLER, *La moralità del diritto*, cit., pp. 195–196.

⁹⁴ Sulla idea di “polarità” del diritto in Fuller si rinvia alla nota 81 del capitolo primo.

⁹⁵ Qui il termine ‘*morality of aspiration*’ è reso con ‘morale dell'intenzionalità’ come nella traduzione ufficiale di Alessandro Dal Brollo.

È questo il tratto nodale del concetto di diritto illustrato problematicamente da Lon L. Fuller in *The Morality of Law* (1964), opera che in molte sue parti sembra replicare a *The Concept of Law* (1961) di Herbert Hart⁹⁶. Con lo stile discorsivo, a tratti colloquiale, tipico di una *Lecture* (le *Storrs Lectures* tenute presso la *Yale Law School* nel 1963), vengono alla luce questioni teoriche sensibili per la realizzazione dell'ideale del *rule of law*. Ma non c'è solo *la moralità del diritto*, a voler riprendere il titolo dell'opera fulleriana⁹⁷.

Per afferrare i tratti problematici e distintivi del concetto di diritto in Fuller, dunque, non ci si può limitare al testo più noto che si presenta incompiuto in alcuni passaggi. Si parte, dunque, da *La moralità del diritto*, solo per illustrare i tre pilastri della sua architettura filosofica, ma non ci si fermerà a tale opera.

2.1. La prima distinzione è tra “morale del dovere” [*morality of duty*] e “morale dell'intenzionalità” [*morality of aspiration*], a cui è dedicato il primo capitolo⁹⁸, distinzione davvero propedeutica per

⁹⁶ HERBERT L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford University Press, London, 1961.

⁹⁷ Già Alessandro Dal Brollo si è occupato della filosofia di Fuller a partire dai suoi primi scritti, con l'obiettivo di illustrarne il carattere assiologico (v. ALESSANDRO DAL BROLLO, *op. cit.*). Sulla stessa linea, Andrea Porciello rinviene nei concetti di “eunomia” e di “ordine sociale autonomo” l'elemento paradigmatico della proposta fulleriana. Cfr. ANDREA PORCIELLO, *Principi dell'ordine sociale*, cit., p. 33.

⁹⁸ Il tema delle due morali era già in altri scritti che Fuller stesso aveva indicato: cfr. LON L. FULLER, *La moralità del diritto*, cit., p. 11 nt. Nessuno di questi contributi, tuttavia, ha adoperato la stessa nomenclatura ed ha ritenuto essenziale tale distinzione per il diritto come ha invece fatto Fuller. Si veda: ALEXANDER D. LINSLEY, *The Two Moralities. Our Duty to God and Society*, Eyre & Spottiswoode, London, 1940; WILLIAM D. LAMONT, *The Principles of Moral Judgement*, Clarendon Press, Oxford, 1946; ID., *The Value Judgement*, Philosophical Library,

uno studio del diritto di stampo teleologico. Sullo sfondo è sempre 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 giurista americano per 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 in Fuller 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»⁹⁹.

1955; HERBERT L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., pp. 176–180; JOHN N. FINDLEY, *Values and Intentions: A Study in Value-theory and Philosophy of Mind*, Allen & Unwin, Crows Nest, 1961; RICHARD B. BRANDT, *Ethical Theory: The Problems of Normative and Critical Ethics*, Prentice Hall, New Jersey, 1959, pp. 356–368; ALEXANDER MACBEATH, *Experiments in Living: A Study of the Nature and Foundations of Ethics or Morals in the Light of Recent Work in Social Anthropology*, Macmillan, London, 1952, pp. 55–56.

⁹⁹ 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. LON L. FULLER, *La moralità del diritto*, cit., 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: «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

Così, nel disegnare la dimensione morale come una scala ascendente, egli colloca alla sua base la “morale del dovere” che è necessaria alla costituzione formale ed istituzionale di una società organizzata, e al suo mantenersi in vita, al di là delle finalità particolari che si possono perseguire. Si tratta di una morale connessa ai principi fondamentali del vivere civile e alla reciprocità implicita in ogni nozione di dovere: una morale sociale paragonabile a quella del *Vecchio Testamento* e dei *Dieci Comandamenti*. Essa condanna gli uomini per avere mancato dinanzi alle esigenze fondamentali della vita sociale e, per questo, si traduce in termini di divieto. Segue, subito dopo, la “morale dell’intenzionalità” che consiste nell’aspirazione alla massima possibile realizzazione delle potenzialità umane. La morale dell’intenzionalità non si lega alla puntuale osservanza dei doveri nascenti da esigenze elementari della vita comunitaria, ma richiede qualcosa in più, in quanto tende verso il proprio perfezionamento. La prima, dunque, è paragonabile alle regole grammaticali che stabiliscono i requisiti necessari per la comunicazione, al di là del contenuto; la seconda al complesso dei principi del bello stile¹⁰⁰. Questi ultimi, in effetti, essendo indefiniti

these decisions toward goodness, by whatever standards of ultimate goodness there are».

¹⁰⁰ Fuller riprende l’immagine di Adam Smith in *La teoria dei sentimenti morali*. Sul punto scrive Fuller: «La morale del dovere “può essere paragonata alle regole della grammatica”; la morale dell’intenzionalità “alle regole che i critici delineano per riconoscere uno stile sublime ed elegante”. Le regole grammaticali stabiliscono i requisiti necessari a conservare il linguaggio come strumento di comunicazione, esattamente come le regole di una morale del dovere prescrivono ciò che è necessario per la vita sociale. Come i principi di una morale dell’intenzionalità, i principi del bello stile letterario “sono liberi, mutevoli e indefiniti, e si presentano

offrono più che altro un'idea molto generale della perfezione che, appunto, rimane un'aspirazione.

In questo senso, pertanto, “intenzionalità” non fa riferimento ai temi cari alla fenomenologia contemporanea, né al processo cognitivo, inclinazione con cui il soggetto ha coscienza di qualcosa. Qui intenzionalità sta ad indicare, più che altro, l'aspirazione della “morale del dovere” a raggiungere una morale ulteriore e maggiormente virtuosa, che è esemplificata dalla filosofia greca: morale della vita eccellente e della più completa realizzazione delle possibilità umane¹⁰¹. In questo senso, il giusfilosofo, nel richiamare il pensiero platonico ed aristotelico – secondo cui sono le reali capacità o le deficienze interne, e non la stretta conformità ad una regola, a misurare la correttezza dei comportamenti umani, del cittadino, così come di chi produce e applica le norme – ricorda che nella cultura della Grecia antica il comportamento è degno di lode se è realizzato al meglio delle capacità umane¹⁰²; un'idea non dissimile è rievocata dalla parola tedesca ‘*Bodenlose*’, che descriverebbe il peccato non come trasgressione di un limite (e cioè di un dovere), ma come il fallimento nello sforzo di realizzare al massimo grado la qualità stessa della vita umana, a pena di precipitare in un profondo sradicamento di sé¹⁰³. In questo modo, la “*morality of aspiration*”,

offrendo una idea generale della perfezione alla quale noi dovremmo aspirare, anziché dando delle direttive definitive e infallibili per raggiungerla”». Cfr. LON L. FULLER, *La moralità del diritto*, cit., pp. 12–13.

¹⁰¹ Cfr. ALESSANDRO DAL BROLLO, *op. cit.*, pp. 17–19.

¹⁰² LON L. FULLER, *La moralità del diritto*, cit., pp. 12–13

¹⁰³ Il senso ed il significato della parola tedesca ‘*Bodenlose*’ è riportato da Fuller all'inizio del suo scritto: *ivi*, p. 9, nt. 1.

non definita da imperativi ma da ideali, si può anche tradurre con “morale dell’aspirazione”.

Alle due morali corrispondono diversi modi di dare risposte *pratiche* a problemi sociali. Un esempio interessante per carpirne la differenza è, in questo senso, introdotto dallo stesso filosofo già in *La moralità del diritto*. Si tratta del gioco d’azzardo [*deep play*]. Dal punto di vista della morale del dovere, gli uomini non dovrebbero invischiarsi nel gioco d’azzardo sia per le ricadute indirette, anche patologiche, sulla sfera personale ed affettiva del giocatore, sia per i danni in termini di benessere e di vantaggio economico marginale. Diversa, invece, la conclusione della morale dell’intenzionalità. Secondo Fuller, «il giudizio finale che la morale dell’intenzionalità potrebbe pronunciare sul giuoco d’azzardo non sarebbe un’accusa, ma un’espressione di sdegno. Per una tale morale, il giuoco d’azzardo non sarebbe la violazione di un dovere, ma un tipo di comportamento inadeguato ad un’esistenza vissuta secondo le umane capacità»¹⁰⁴. A seconda delle angolazioni, anche le soluzioni normative cambiano. Ed infatti, nell’ottica della morale del dovere, il legislatore può vietare il gioco d’azzardo, magari distinguendo quello innocente da uno dannoso, oppure lasciare che tale distinzione sia delegata all’opera di selezione coercitiva [*selective enforcement*] del giudice, ma con i rischi insiti nella discrezionalità giudiziale. Invece, nella prospettiva della *aspiration*, «non vi è alcun modo, per la legge, di costringere un uomo a vivere ai livelli superiori di cui è capace. Per

¹⁰⁴ *Ivi*, p. 16.

avere dei criteri di giudizio utilizzabili, il diritto deve rivolgersi alla morale del dovere. Qui esso troverà ausilio e supporto, se mai c'è un luogo dove trovarli, per decidere se il giuoco d'azzardo debba o meno essere proibito per legge»¹⁰⁵. In questo senso, se da un lato la morale del dovere sembra necessaria per la compostibilità del vivere umano in società, dall'altro non è sufficiente per la realizzazione di una vita pienamente realizzata.

La linea di demarcazione tra i due poli non è, però, facilmente tracciabile, come ammette lo stesso filosofo, il quale in effetti non vi provvede in maniera puntuale. In generale, tuttavia, la morale del dovere rappresenterebbe il primo gradino verso la morale dell'intenzionalità che la orienta, come accade per ogni attività umana “finalizzata”, compresa anche l'esperienza giuridica: al gradino più basso si collocano le “esigenze della vita sociale” e, al vertice, la massima “capacità dell'intenzionalità umana”. Il confine coincide con il luogo, mai definito con esattezza, in cui cessa la pressione del dovere ed inizia il richiamo della vita più piena¹⁰⁶. Il movimento di questa direzione non deriva dalla conoscenza di ciò che è perfettamente buono; non è, dunque, necessario avere una chiara e puntuale comprensione della morale dell'intenzionalità per conoscere il senso di questa ascesa verso le massime capacità umane.

¹⁰⁵ *Ibidem.*

¹⁰⁶ Sull'assenza di una netta linea di divisione tra le due morali e sulle conseguenze teoretiche e pratiche, si veda WIBREN VAN DER 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, in particolare p. 173.

È, invece, sufficiente avere una nozione imperfetta del fine o una rappresentazione ragionevole o verosimile di bene se si vuole selezionare il mezzo adeguato per raggiungerlo¹⁰⁷. Così l'intero campo della vita morale diviene “una questione di grado” [*a metter of degree*].

In base a tale conclusione, si può sin da ora anticipare che Fuller costruisce il concetto di diritto a partire da una “prospettiva dell'esperienza umana generale”, di cui il fenomeno giuridico rappresenta solo una faccia¹⁰⁸. Ogni attività umana, generale o particolare che sia, infatti, si svolge nella pratica in conformità alle due morali. In quest'ottica, le due morali non si riferiscono ad ambiti di esperienza diversi – come accade, ad esempio, nella distinzione bergsoniana fra “morale chiusa” o “statica” e “morale aperta”¹⁰⁹ – ma rappresentano due facce della stessa medaglia: «momenti dunque dell'eticità intrinsecamente interdipendenti per struttura e sostanza, eppure distinguibili dai punti di vista e logico e individuale-esistenziale e storico-sociale, ed altresì in prevalenza di fatto alternantesi (e non quindi sempre compresenti) diacronicamente

¹⁰⁷ Secondo Fuller, nozioni molto imperfette del bene hanno a che fare con l'universale e, in questo senso, sono capaci di preservare l'eredità sociale della persona anche quando questa persegue una crescita individuale. Cfr. LON L. FULLER, *moralità del diritto*, cit., pp. 19–20.

¹⁰⁸ ALESSANDRO DAL BROLLO, *op. cit.*, pp. 17–18.

¹⁰⁹ La “morale chiusa”, come è noto, si muove nell'ambito dell'istinto biologico ed è commisurata al bisogno del gruppo, mentre la “morale aperta” è propriamente «slancio di carità, aspirazione, intuizione ed emozione». Cfr. HENRI BERGSON, *Le due fonti della morale e della religione*, Laterza, Roma/Bari, 2020³. Il confronto è suggerito da ALESSANDRO DAL BROLLO, *op. cit.*, pp. 14–15, nt. 1.

nella vita e alla coscienza del singolo o della comunità»¹¹⁰. L'una è attratta all'altra in un rapporto che, per riprendere l'immagine di Dal Brollo, si direbbe, appunto, "polare".

2.1.1. La "polarità" morale collegata all'agire finalizzato dell'uomo sembra riproporre lo stesso tema del rapporto tra *fatto* e *valore* e, in ambito giuridico, tra *essere* e *dover essere*¹¹¹.

A dire di Fuller la terminologia morale avrebbe collegato la virtù (il valore) ad un giudizio (si parla, in genere, di giudizio di valore) e cioè ad una decisione che è atto normativo individuale, così finendo per relegare le questioni di valore nel campo esattamente delimitato dalla morale del dovere. Un mutamento di senso simile a quello che ha coinvolto la parola 'peccare' che, nell'accezione moderna, si riferisce alla violazione di un dovere, ma che nell'originario senso biblico indica "fallire il bersaglio". *Bodenlose*, appunto.

In questo veloce passaggio, Fuller non affronta distintamente la questione giuridica consistente nel divieto del passaggio dall'*essere* al *dover essere*, da giudizi di fatto a giudizi di valore, dalla descrizione alla prescrizione, dall'*is* all'*ought*. Eppure, in un certo

¹¹⁰ ALESSANDRO DAL BROLLO, *op. cit.*, p. 16

¹¹¹ Cfr. LON L. FULLER, *Human Purpose and Natural Law*, in "Journal of Philosophy", 53, 1956, 697-705 anche in ID., *Human Purpose and Natural Law*, in "The American Journal of Jurisprudence", 3, 1, 1958, pp. 68-76. Qui Fuller afferma che in ogni azione finalizzata l'elemento fattuale e quello valoriale ssi fondono ontologicamente. Sul punto LON L. FULLER, *Il diritto alla ricerca di se stesso*, cit., p. 53: «Nel campo della attività umane finalizzate ad un obiettivo, che include [...] il diritto, il valore e l'essere non costituiscono due realtà differenti, ma due aspetti di un'unica realtà».

qual modo, tale questione è implicita¹¹². Se il diritto, infatti, si muove in una morale dell'intenzionalità, allora la sua qualità primaria non si identifica esclusivamente con il carattere punitivo-sanzionatorio¹¹³, come ad esempio per Kelsen, ma con quello propositivo-teleologico¹¹⁴, dal momento che l'esperienza giuridica tende alla realizzazione della *civitas maxima* attraverso una disciplina dei rapporti volta a preservare «la convivenza tra gli uomini e [a] regolare mediante correttezza ed equità i rapporti della loro vita in comune»¹¹⁵. E quale *purposive activity, essere e dover essere* appaiono sovrapposti. Di qui la specialità del fenomeno giuridico¹¹⁶.

¹¹² Fuller aveva già criticato la tesi della separazione tra *fatto* e *valore*, distinzione che avrebbe avuto origine con Kant, ma che non si rinveniva in Platone e Aristotele. Cfr. LON L. FULLER, *American Legal Philosophy*, cit., p. 469.

¹¹³ 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. LON L. FULLER, *La moralità del diritto*, cit., pp. 42–45.

¹¹⁴ Sul carattere *value-laden* del concetto di diritto in Fuller si veda ALESSANDRA CALLEGARI, *op. cit.*, pp. 57–83.

¹¹⁵ LON L. FULLER/ANDREA PORCIELLO, *Il caso degli speleologi*, cit., pp. 58–59. Al tema dei premi e delle sanzioni è dedicato il paragrafo “Premi e sanzioni” de *La moralità del diritto*, cit., pp. 42–45.

¹¹⁶ Cfr. ANDREA PORCIELLO, *Principi dell'ordine sociale*, cit., pp. 59–60.

2.1.2. È interessante notare come in Fuller la morale dell'intenzionalità presenti delle affinità, oltre che con il concetto di valore, anche con il criterio dell'utilità marginale in economia¹¹⁷.

La *morality of aspiration*, come visto, si riferisce agli sforzi diretti a fare un uso eccellente della vita. Analogamente, l'utilità marginale dell'economia si occupa degli sforzi per adoperare al meglio le risorse limitate, in modo da ricavare la massima utilità possibile da ogni dollaro speso e cambiare, di conseguenza, strategia selettiva quando tale utilità diminuisce sino ad azzerarsi.

Allo stesso modo, come la nozione di bene verso cui tendono le varie condotte è molto incerta, così anche il concetto di utilità non è esattamente identificabile e, soprattutto, non dice alcunché in ordine al bene economico superiore che il consumatore dovrebbe volere per consentirgli una qualche scelta in termini di benessere marginale. Sicché, a parere di Fuller, il moralista come l'economista non è in grado di definire compiutamente lo scopo più alto della vita affinché essa possa essere "buona" o "economicamente utile". 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 armonico" [*balance*] che è propria, tra l'altro, di sistemi complessi e policentrici.

¹¹⁷ Il confronto con l'economia dell'utilità marginale è in LON L. FULLER, *La moralità del diritto*, cit., pp. 24–28. Qui Fuller richiama il pensiero di PAUL A. SAMUELSON, *Economics – An Introductory Analysis*, McGraw-Hill Publishing Co. Ltd. New York-London-Toronto, 1951; ROY F. HARROD, *Scope and Method of Economics*, in "The Economic Journal", 48(191), 1938, pp. 383–412; RICHARD V. CLEMENCE, *Readings in Economic Analysis*, I, Addison Wesley, Boston, 1950.

La morale del dovere, d'altro canto, è affine all'economia dello scambio, proiezione fondamentale della bilateralità. Sia il dovere (che nasce da scambi espliciti ed impliciti), sia lo scambio economico sono accomunati dal principio generale di reciprocità¹¹⁸. Ogni qualvolta il dovere tenta di giustificare sé stesso, lo fa sempre in termini di reciprocità. Tale principio trova il suo fondamento non solo nelle dichiarazioni esplicite, ma anche in quelle implicite e cioè nelle abitudini: ogni relazione, difatti, si baserebbe sulla regola aurea secondo cui: «Non appena sarà perfettamente chiaro che voi stesso desiderereste di essere trattato, allora mi considererò sollevato dall'obbligo di trattarvi nel modo in cui io desidererei essere trattato»¹¹⁹. È questo, secondo Fuller, il punto in cui non solo il rapporto nasce, in base alla logica del dovere, ma diviene pure efficace¹²⁰.

¹¹⁸ Sul tema della reciprocità in Lon Fuller, si veda, tra gli altri, PETER P. NICHOLSON, *The Internal Morality of Law: Fuller and His Critics*, in "Ethics", 84, 1974, pp. 314, 323–324; ANTONY DUFF, *Legal Obligation and the Moral Nature of Law*, in "Juridical Review", 61, 1980, pp. 75–78, 80, 82; NIGEL E. SIMMONDS, *Central Issues in Jurisprudence*, Sweet&Maxwell, London, 1986, pp. 124–125; CHARLES COVELL, *The Defence of Natural Law*, cit., pp. 50–52; JAMES BOYLE, *Legal Realism and the Social Contract: Fuller's Public Jurisprudence of Form, Private Jurisprudence of Substance*, in "Cornell Law Review", 78, 1993, pp. 337, 392–397; DANIEL BRUDNEY, *Two Links of Law and Morality*, in "Ethics", 103, 1993, pp. 284 ss.; GERALD POSTEMA, *Implicit Law*, cit., pp. 367–387; JEREMY WALDRON, *Why Law*, cit., pp. 277–282; BRIAN BIX, *Jurisprudence: Theory and Context*, Westview Press, Boulder, 1996, pp. 80 ss.

¹¹⁹ L'argomento è in LON L. FULLER, *La moralità del diritto*, cit., p. 31.

¹²⁰ Anche Ronald Dworkin sostiene che la *jurisprudence* di Fuller gravita attorno a due centri: da un lato la moralità, dall'altro l'efficacia. Cfr. RONALD DWORKIN, *Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy*, in "Oxford Journal of Legal Studies", 24(1), 2004, p. 26.

A muovere la reciprocità vi sono, in ogni caso, le aspettative (o aspirazioni) legittime concernenti le azioni altrui, senza le quali non sarebbe nemmeno pensabile lo scambio di doveri¹²¹. Tale reciprocità non solo è condizione necessaria per la costituzione di qualsiasi rapporto giuridico (nei confronti della società o di un altro membro della comunità), ma è anche il criterio che spinge gli individui alla collaborazione sotto la guida delle istituzioni e delle procedure formali di una società organizzata; istituzioni capaci di unire i membri, a causa delle loro differenze, in forme complesse di ordine sociale, garantendone il mantenimento nel tempo¹²².

La reciprocità può essere visibile oppure difficilmente distinguibile perché implicita ai comportamenti sociali. In alcune circostanze il dovere (sia giuridico, sia morale) è maggiormente comprensibile. A tal riguardo, Fuller individua tre condizioni di massima efficacia del dovere: *i*) la reciprocità deve risultare da un accordo; *ii*) gli adempimenti devono essere di uguale valore (ma non identici); *iii*) il tessuto delle relazioni all'interno della società deve essere fluido in modo che la reciprocità sia reversibile in teoria e in pratica¹²³. Sono tutte condizioni che si verificano, in particolare, in

¹²¹ Il passaggio è del tutto peculiare e avrebbe probabilmente meritato un maggior approfondimento da parte del giurista; difatti la logica dello scambio (che è formalizzabile come nella morale del dovere) trova la sua propria ragione in rapporti naturali di tipo informale e non esattamente formalizzabili.

¹²² LON L. FULLER, *La moralità del diritto*, cit., p. 33. Come si vedrà nel prosieguo, ed in particolare nel capitolo terzo, le procedure non limitano la libertà, ma implementano le possibilità di scelta.

¹²³ In questo senso Fuller riprende il pensiero di GIORGIO DEL VECCHIO, *Justice: An Historical and Philosophical Essay*, Edimburg University Press, Edimburg,

una società dedita agli scambi economici perché solo in questo contesto i doveri che sorgono dagli scambi rispettano la condizione di reversibilità in teoria e in pratica. D'altronde, riprendendo Hayek, lo stesso principio di legalità [*rule of law*] è pensabile solo se la produzione delle leggi avviene in un contesto di reciprocità tra cittadini e governanti ove anche questi ultimi si sentano vincolati dall'idea di potersi concretamente trovare in identiche situazioni, ma a parti inverse¹²⁴. Da un lato, dunque, i governati hanno l'obbligo morale di rispettare e adempiere alle prescrizioni di legge (e cioè la *fidelity to law*), dall'altro i governanti sono vincolati al rispetto dei principî di moralità giuridica. Solo il rapporto di reciprocità, e non di autorità, rende effettivo e, quindi, esistente, un ordine sociale che possa dirsi quantomeno "buono".

2.1.3. Le due morali, dunque, si articolano e si specificano di volta in volta secondo tante prospettive quante sono le regioni in cui si articolano gli ambiti di esperienza e le diverse attività dell'uomo. Il diritto, ovviamente, costituisce uno di questi ambiti¹²⁵.

1952, p. 96 secondo il quale la pretesa di giustizia presuppone il principio in base al quale le posizioni delle parti vengono invertite.

¹²⁴ Cfr. FRIEDRICK A. VON HAYEK, *The Road to Serfdom*, University of Chicago Press, Chicago, 1944, pp. 72–87. Fuller sostiene, recuperando la filosofia di Eugene Pashukanis, che solo in regime capitalistico la nozione di dovere morale e giuridico possono raggiungere pieno sviluppo. Cfr. LON L. FULLER, *La moralità del diritto*, cit., pp. 35–38. Si fa strada il liberalismo fulleriano, molto simile a quello di Bruno Leoni. Il confronto con la filosofia di Bruno Leoni è approfondito da ALESSANDRA CALLEGARI, *op. cit.*, pp. 77–83 e da ANDREA PORCIELLO, *Principi dell'ordine sociale*, cit., 89–95.

¹²⁵ Con un limite, messo in evidenza da Alessandro Dal Brollo: la posizione di Fuller sul punto è alquanto incerta ed ambigua, come a volte incerto ed ambiguo è

Ma qual è il rapporto delle due morali? Fuller si limita qui ad affermare:

Se la morale del dovere si protende verso l'alto al di sopra della propria sfera, i ceppi caratteristici dell'imposizione di un obbligo possono soffocare la capacità di sperimentare, l'ispirazione, la spontaneità. Se la morale dell'intenzionalità invade il terreno del dovere, gli uomini possono cominciare a soppesare e definire i loro obblighi secondo i loro *standards* personali, e così possiamo finire con il poeta che getta la moglie nel fiume credendo – e forse è abbastanza giustificato – che sarà in grado di scrivere poesie più belle in sua assenza.¹²⁶

Non c'è, dunque, una netta linea di demarcazione tra le due morali. D'altronde, è lo stesso filosofo ad ammettere che la natura stessa del rapporto è duttile (cioè sensibile al mutare delle situazioni) ed in grado di garantire l'armonia e l'equilibrio tra le strutture di sostegno

l'uso del termine "morale" (o "moralità") da parte dello stesso filosofo. Secondo ALESSANDRO DAL BROLLO, *op. cit.*, p. 18, Fuller non tematizzerebbe in maniera diretta la distinzione tra i diversi ambiti di esperienza, ognuno dei quali caratterizzato da una *inner* o *internal morality*, né tantomeno individuerrebbe tali ambiti di esperienza e le relative strutture. In effetti, la scienza dell'ordine sociale, che attiene allo studio delle forme, dei limiti e delle diverse moralità sottese ai molteplici processi di ordine sociale, rimane per gran parte incompiuta e mai del tutto sistematizzata pur se i primi elementi della sua teorizzazione sono già in LON L. FULLER, *American Legal Philosophy*, cit., pp. 457–485. Altri passaggi sono in ID., *The Problems of Jurisprudence*, cit., pp. 693–743. Si segnala anche LON L. FULLER/KENNETH I. WINSTON, *The Forms and Limits of Adjudication*, cit., pubblicato postumo, che è il più importante saggio sui processi dell'ordine sociale.

¹²⁶ La traduzione italiana è quella di Alessandro Dal Brollo in *La moralità del diritto*, cit., p. 39 (LON L. FULLER, *The Morality of Law*, cit., pp. 17–28: «If the morality of duty reaches upward beyond its proper sphere the iron hand of imposed obligation may stifle experiment, inspiration, and spontaneity. If the morality of aspiration invades the province of duty, men may begin to weigh and qualify their obligations by standards of their own and we may end with the poet tossing his wife into the river in the belief – perhaps quite justified – that he will be able to write better poetry in her absence.»)

e i processi (spesso anonimi) di decisione e azione nei tanti mutamenti della vita. Morale e diritto divengono, ancora una volta, questioni di grado, entrambe innestate all'interno di procedure che, veicolando la libertà di scelta, indirizzano le decisioni dell'uomo per rafforzarne i diritti¹²⁷.

In definitiva, la "morale del dovere" sembra «indicare quella zona della morale in cui essa si prospetta come contenutisticamente determinabile, oggettivabile, formalizzabile: là dove si manifesta innanzitutto con immediata e lucida chiarezza un nucleo di doveri minimo ma essenziale, sorta di *conditio sine qua non* per il permanere, nel loro stesso esserci, di tutte le sue attività o di quella tale o tal'altra sua attività particolare»¹²⁸. Una morale che rappresenta il punto stabile, anche di resistenza, sulla via delle decisioni umane. Ma solo la *morality of aspiration*, alimentando le aspettative di

¹²⁷ Il tema della libertà si collega alla questione dei diritti che, una volta riconosciuti, tendono a divenire assoluti. A tal proposito, osserva Fuller: «Holmes osservò una volta che ogni diritto legalmente riconosciuto e garantito tende a divenire assoluto. Si può argomentare che sia giusta questa tendenza verso l'assoluto, che costituisce il significato essenziale di 'un diritto', sia esso giuridico o morale. Allo stesso modo si può dire, della nozione di dovere, che il suo significato consiste nel resistere ad ogni limitazione o riserva. A differenza dei meri *desiderata*, dei consigli di prudenza, dei richiami a vaghi ideali e simili, diritti e doveri (siano essi morali o giuridici) rappresentano dei punti di stabile e tenace resistenza sulla via delle decisioni umane. In determinati casi essi possono essere limitati e condizionati, ma possono pur sempre contare sulla possibilità di respingere le limitazioni». In questo passaggio, Fuller fa riferimento alla decisione *Hudson County Water Company v. Mc Carter*, 209 U.S. 349, 1908, p. 355 secondo cui: «Tutti i diritti tendono a dichiararsi assoluti, secondo il loro grado estremo dal punto di vista logico. Ma di fatto essi sono limitati dappresso dai principi costituenti una linea di condotta, che sono diversi da quelli su cui si fonda il diritto particolare e che diventano saldi abbastanza da resistere e conservarsi quando un certo punto sia raggiunto». Cfr. LON L. FULLER, *La moralità del diritto*, cit., p. 41.

¹²⁸ Cfr. ALESSANDRO DAL BROLLO, *op. cit.*, p. 18.

reciprocità, spiega il senso pieno dell'esperienza morale mostrandone il carattere premiale, la ragione, la finalità e la direzione verso la realizzazione dell'ideale di *civitas maxima*¹²⁹.

2.2. La seconda chiave di lettura è rappresentata dal filo sottile che congiunge la “morale dell'intenzionalità” alla *inner* o *internal morality of law* e alle relative condizioni. Di volta in volta Fuller adopera diverse formule, ma con significato sostanzialmente identico: «*morality that makes law possible*», «*special morality of law*», «*procedural natural law*» e, infine, «*principles of legality*». Si passa dalla morale al dovere giuridico, dal campo generale della decisione umana a quello speciale, segnato dalle dinamiche proprie (interne ed esterne), del potere giuridico.

Il secondo capitolo de *La moralità del diritto* ha inizio con la storia del regno infelice di un monarca il quale, nel tentativo di rinnovare tutto il diritto del regno, persegue con indebita solerzia otto vie che lo conducono ad uno “spettacolare” fallimento della sua impresa riformatrice, giacché non solo non riesce ad introdurre i necessari cambiamenti in campo giuridico, ma neppure a creare alcuna legge, buona o cattiva che sia. Allegoria del potere che, tra legittimità e legalità, non può costruirsi solo su chi lo possiede, dovendo

¹²⁹ Si deve segnalare l'opinione di EDWIN W. TUCKER, *The Morality of Law, by Lon Fuller*, Book Review, in “*Indiana Law Review*”, 40, 1965, p. 271, secondo cui la morale del dovere o “morale” indicherebbe l'insieme dei principi seguiti dagli esseri umani in un certo momento storico ed in un dato contesto storico-culturale, mentre la morale dell'aspirazione o “etica” sarebbe a-temporale e a-contestuale.

dipendere strutturalmente dall'altro da sé¹³⁰. Per esistere ed essere effettivo, il potere non è mai *ab-solutus*:

[...] vi è una specie di reciprocità fra il potere e il cittadino in riferimento all'osservanza delle norme. Il governo dice al cittadino, in effetti: "Queste sono le norme che noi ci aspettiamo che tu segua. Se tu le segui, hai l'assicurazione da parte nostra che esse sono le norme che saranno applicate alla tua condotta". Quando questo vincolo di reciprocità è definitivamente e completamente rotto dal potere, nulla resta su cui fondare il dovere del cittadino di obbedire alle norme¹³¹.

Lo stratagemma retorico, a cui il filosofo non manca di ricorrere anche in altre occasioni¹³², gli consente di introdurre per altri versi otto *precetti* di una "moralità intrinseca del diritto" nell'orizzonte della "intenzionalità" umana, ossia nello spazio dell'aspirazione verso la «massima perfezione nella legalità». Condizioni senza le quali non solo è impedito qualsivoglia dovere da parte dei destinatari di conformarsi alla norma, ma è preclusa persino la stessa possibilità di un'esperienza che si possa definire davvero giuridica. Di qui il loro

¹³⁰ Sul tema della fragilità del potere, si veda BRUNO MONTANARI, *La fragilità del potere. L'uomo, la vita, la morte*, Mimesis, Milano, 2013, oggetto peraltro di una interessante riflessione di ANTONIO INCAMPO, *Credenza e potere nei fatti istituzionali*, in "Rivista di filosofia del diritto", 2, 2014, pp. 347–360.

¹³¹ La traduzione italiana è di Alessandro Dal Brollo in *La moralità del diritto*, cit., p. 57 (LON L. FULLER, *The Morality of Law*, cit., pp. 39–40: «[...] there is a kind of reciprocity between government and the citizen with respect to the observance of rules. Government says to the citizen in effect, "These are the rules we expected you to follow. If you follow them, you have our assurance that they are the rules that will be applied to your conduct." When this bond of reciprocity is finally and completely ruptured by government, nothing is left on which to ground the citizen's duty to observe the rules.»).

¹³² Il riferimento è, ad esempio, al noto scritto *The Case of Speluncean Explorers*, cit.

carattere “costitutivo”. Si potrebbero paragonare ai pezzi nel gioco degli scacchi; senza di essi il gioco non sarebbe né praticabile, né tanto meno pensabile.

Il giusfilosofo, dunque, introduce delle “forme intrinsecamente morali”¹³³, vere e proprie costanti necessarie per il “buon governo” (e non a caso si parla di *eunomic project*)¹³⁴, criteri orientativi delle finalità connesse alla natura e all’azione umana di cui il fenomeno giuridico costituisce una peculiare e rilevante manifestazione. Il diritto consiste, allora, in alcuni principî alla base delle legittime e reciproche aspettative che consentono la “comunicazione” fra chi crea le norme [*lawgiver*] e i suoi destinatari¹³⁵. Il loro “generale e drastico deterioramento” – si direbbe “intollerabile”, a voler rievocare un’espressione coniata da Gustav Radbruch nel famoso articolo *Ingiustizia legale e diritto sovralegale*¹³⁶ – incide sulla

¹³³ JEREMY WALDRON, *The Concept and the Rule of Law*, in “Georgia Law Review”, 43, 2008, pp. 1–7, sostiene che tali requisiti hanno caratteri formali perché ci parlano di forme che le norme giuridiche devono avere affinché un ordine giuridico sia istanziato.

¹³⁴ Il lavoro che raccoglie i saggi di Fuller sull’eunomia è, come detto, contenuto in KENNETH I. WINSTON, *The Principles of Social Order*, cit. In quest’opera sono raccolti i differenti modelli di ordine sociale individuati dal filosofo americano il quale ha tentato di elaborare una scienza del buon governo e cioè dell’eunomia. Sul punto si rinvia alla nota 9.

¹³⁵ A proposito della legislazione, Fuller afferma che: «[...] does not tell a man what he should do to accomplish specific ends set by the lawgiver; it furnishes him with baselines against which to organize life with his fellows». Dunque, per Fuller il diritto non è «uno strumento di controllo sociale» che agisce al di sopra dei cittadini. Cfr. LON L. FULLER, *Human Interaction and the Law*, in “American Journal of Jurisprudence”, 14, 1969, p. 1.

¹³⁶ GUSTAV RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in “Süddeutsche Juristen-Zeitung”, 5, 1946, pp. 105–108, riedito in ID., *Rechtsphilosophie* [sechste Auflage], Köhler, Stuttgart, 1963, pp. 347–357; traduzione italiana di Edoardo Fittipaldi: *Ingiustizia legale e diritto sovralegale*, in

legalità; la totale mancanza, invece, non solo impedisce al sistema di essere cattivo, ma nega la sua stessa esistenza giuridica («*that is not properly called a legal system at all*», ricorda il filosofo texano)¹³⁷. Ciò è quanto è accaduto, ad esempio, nella Germania hitleriana in cui i principî di legalità non sono stati violati tutti in una volta, ma in maniera selettiva e graduale, si direbbe “parcellizzata”, in modo da rendere il cittadino impotente dinanzi alla scelta di decidere «se egli avesse l’obbligo di obbedire a quelle parti delle leggi che il terrore nazista lasciava intatte»¹³⁸.

D’altronde, la fedeltà al diritto [*fidelity to law*] è, appunto, riconducibile ad una questione di grado¹³⁹.

2.2.1. Tali principî individuano, dunque, la specifica “moralità del diritto” [*morality of law*], proprio perché radicati in profondità nell’*esserci* dell’uomo e delle sue relazioni sociali. Sono: la generalità delle norme, la pubblicità, la (tendenziale) irretroattività della legge, la sua intelligibilità e chiarezza, la non contraddittorietà, l’efficacia opposta alle norme impossibili, la stabilità della legge nel

AMEDEO G. CONTE/PAOLO DI LUCIA/LUIGI FERRAJOLI/MARIO JORI (eds.), *Filosofia del diritto*, Raffaello Cortina, Milano, 2002, pp. 149–163.

¹³⁷ Cfr. LON L. FULLER, *The Morality of Law*, cit., p. 39.

¹³⁸ *Ivi*, pp. 40–41. I richiami alla “banalità del male” di Hanna Arendt sono evidenti, ma diversa è la prospettiva ed il metodo. Qui l’analisi fulleriana è strettamente giuridica e formale, più che sociologica, poiché incentrata sui profili della moralità procedurale del diritto. Profili che incidono inevitabilmente sulla obbligatorietà della norma (nella prospettiva realistica, si direbbe sul sentimento della obbligatorietà).

¹³⁹ L’argomento viene approfondito qualche anno prima, nel noto saggio *Positivism and Fidelity to Law* (1958) da cui nascerà il celebre dibattito con Herbert Hart.

tempo, la congruenza fra *official action* e *declared rule* e l'esigenza di fedeltà della prima alla seconda.

Si possono definire “principi”, e cioè beni iniziali che chiedono di essere realizzati attraverso determinate attività¹⁴⁰ il cui compito è quello di realizzare la legalità come impegno affidato alla cooperazione di più soggetti. Pesa nella loro teorizzazione l'intero processo di stratificazione delle fonti nel *common law*, processo fatto di legislazione in senso stretto (vale a dire gli atti votati dalle assemblee legislative), legislazione delegata (ossia le *regulations* emanate dalle agenzie amministrative) e, infine, diritto giurisprudenziale (regole adottate dalle Corti che si universalizzano nella logica della vincolatività dello “*stare decisis et non quieta movere*”). Ecco i principali tratti distintivo e problematici.

2.2.1.1. Innanzitutto, la generalità. Essa non sta tanto ad indicare la capacità del legislatore di formulare disposizioni per una classe generale di individui, né tantomeno si riferisce all'imparzialità dell'azione giuridica, come è ad esempio in Austin. Questi aspetti, semmai, afferiscono alla moralità estrinseca del diritto. Dal punto di vista della moralità intrinseca, invece, la generalità si baserebbe innanzitutto sul presupposto che una norma esista:

... l'esigenza di generalità poggia sulla verità lapalissiana secondo cui, al fine di assoggettare la condotta umana al controllo

¹⁴⁰ Il riferimento alla locuzione “principi” che qui viene adoperato è quello fatto proprio da GUSTAVO ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2008, pp. 205–210

di norme, bisogna che delle norme vi siano. Ciò in nessun senso vuol dire che ogni atto di governo avente ‘la forza di legge’ – come un provvedimento giudiziario diretto contro un particolare imputato – debba esso stesso prendere la forma dell’enunciazione di una norma astratta¹⁴¹.

Se la generalità indica una condizione ontologica di normatività, il “potere di astrazione”, inteso come capacità “intenzionale” di realizzare la perfezione nella legalità, vi è presupposto. Si tratta dell’abilità di astrarre al massimo grado la regola giuridica in modo da renderla adeguata per una moltitudine di casi. Tale potere non è attribuibile, ad esempio, alle agenzie indipendenti [*regulatory agencies*] che, attraverso forme di procedimento paragiurisdizionale [*adjudicative forms*], assolvono funzioni di allocazione e distribuzione di costi e benefici [*allocative functions*] decidendo i casi, senza seguire alcuna forma di astrazione e di sistematizzazione delle regole¹⁴².

2.2.1.2. Come la generalità della legge, anche la pubblicità presuppone che una norma esista¹⁴³. Il punto, però, è sapere che cosa

¹⁴¹ La traduzione italiana di Alessandro Dal Brollo è in *La moralità del diritto*, cit., p. 68 (LON L. FULLER, *The Morality of Law*, cit., p. 49: «... the requirement of generality rests on the truism that to subject human conduct to the control of rules, there must be rules. This in no way asserts that every governmental act possessing “the force of law” – such as a judicial decree directed against a particular defendant – must itself take the form of laying down a general rule.»).

¹⁴² Sul punto si veda anche LON L. FULLER, *Adjudication and the Rule of Law*, in “Proceedings of the American Society of International Law”, 1960, pp. 1– 8 e ID., *Collective Bargaining and the Arbitrator*, in “Wisconsin Law Review”, 1963, pp. 3–46.

¹⁴³ Il termine ‘*promulgation*’ viene qui reso con ‘pubblicità’ e non con ‘promulgazione’. La pubblicità, infatti, indica un principio di portata ben più ampio

sia una legge in relazione alla pubblicità. Questione, questa, che complica di non poco l'analisi sul tema.

Il principio fulleriano di pubblicità, in verità, coincide più che altro con quello di “conoscibilità” della norma. Idea che per certi versi richiama la “formula trascendentale del diritto pubblico” [*transzendente Formel des öffentlichen*] di Kant in *Per la pace perpetua* (1796)¹⁴⁴. Pur con le dovute differenze. In Fuller, infatti, non vi è alcun rimando a un valore fondamentale [*Grundwert*] del diritto, come suppone, invece, lo *Ius Publicum* kantiano. La pubblicità è, comunque, un requisito di moralità intrinseca che tratta come valore l'esigenza di conoscibilità della norma da parte del destinatario.

A essere presupposta non è la conoscenza perfetta ed integrale della disposizione da parte del cittadino, cosa che per giunta è impensabile. Questa rimane semmai solo un'aspirazione delle capacità umane. Si tratta, invece, di un diritto minimo a conoscerle.

rispetto alla tecnica del promulgare una norma. D'altronde è lo stesso Fuller a riferirsi alla negligenza nel pubblicizzare le norme (e precisamente, parla di «a failure to publicize»: cfr. LON L. FULLER, *The Morality of Law*, cit., p. 39).

¹⁴⁴ IMMANUEL KANT, *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*, in *Kleinere Schriften zur Geschichtsphilosophie, Ethik und Politik*, 1913, traduzione italiana di Vincenzo Cicero, *Pace perpetua*, 1997. Al tema della natura al contempo etica e giuridica dell'*Öffentlichkeit* e delle sue implicazioni per l'ideazione di una *Grundwert* si veda ANTONIO INCAMPO, *Filosofia del dovere giuridico*, cit., pp. 161–183 e ID., *Metafisica del processo*, Caucci, Bari, 2016², pp. 303–335.

L'esigenza che le leggi siano pubblicate non poggia su assurdità come quella costituita dall'aspettativa che il cittadino ligio al dovere si sieda e le legga tutte¹⁴⁵.

La conoscibilità delle leggi è, infatti, alla base della possibilità stessa di criticarle pubblicamente, minandone la relativa validità ed efficacia. In questo senso, si può anche dire che la pubblicità ha bisogno della giustificazione del diritto¹⁴⁶.

2.2.1.3. La tendenziale irretroattività della legge consegue alla funzione del diritto di dirigere la condotta umana per mezzo di norme generalmente volte al futuro¹⁴⁷. Un'impresa che è soggetta a differenti gradi di fallimento. Ecco perché quando la legge va nella direzione sbagliata, la norma è abilitata ad intervenire retrospettivamente al fine di «rimettere insieme i pezzi»¹⁴⁸. Ciò ha un senso anche morale. L'esempio è, non a caso, quello di una nuova legge che dichiara invalido ogni matrimonio qualora manchi un timbro speciale dello Stato sul relativo certificato. Fuller si chiede

¹⁴⁵ La traduzione italiana di Alessandro Dal Brollo è in *La moralità del diritto*, cit., p. 71 (LON L. FULLER, *The Morality of Law*, cit., p. 51: «The requirement that laws be published does not rest on any such absurdity as an expectation that the dutiful citizen will sit down and read them all.»).

¹⁴⁶ ANTONIO INCAMPO, *Metafisica del processo*, cit., p. 282. La pubblicità ammette delle eccezioni, pur se sgradevoli, in particolare quando è in gioco l'azione di governo. L'argomento è anche in LON L. FULLER, *Governmental Secrecy and the Forms of Social Order*, in "Nomos", n. 2, 1959, pp. 256–268.

¹⁴⁷ Fuller guarda più che altro agli abusi della legislazione retroattiva e si riferisce, in maniera alquanto ambigua, alle norme retroattive [*retroactive laws*] quasi a descrivere un problema e non a individuare un principio. Ecco perché mi riferisco ad una "tendenziale" irretroattività della norma, poiché ci sono circostanze in cui le norme retroattive sono desiderabili.

¹⁴⁸ LON L. FULLER, *La moralità del diritto*, cit., p. 74.

cosa accadrebbe se si verificasse un guasto alla macchina per produrre i timbri: dovranno essere considerati invalidi tutti quei matrimoni celebrati senza l'osservanza di detta formalità? Per il giusfilosofo una legge che dichiari validi tutti quei matrimoni, da considerare invece nulli in base ad una legge precedente, appare una soluzione di equilibrio. In questo modo, il sacrificio del principio di irretroattività consentirebbe al contempo l'obbedienza da parte del destinatario.

Con la retroattività entra in gioco anche un altro problema e cioè il rapporto esistente tra decisione giurisdizionale e retroattività e, più nello specifico, tra *stare decisis* e *overruling*. Fa da sfondo il dibattito, sorto proprio in quegli anni nel pensiero giuridico anglo-americano, sull'intangibilità del principio dello *stare decisis* quale espressione della teoria dichiarativa del *common law*¹⁴⁹, dibattito a cui Fuller non si sottrae, offrendo al lettore un'analisi metodologicamente differente da quella usuale in favore delle implicazioni morali di una maggiore flessibilità istituzionale. Il tutto senza dimenticare i pericoli insiti negli effetti retroattivi sui contratti o nelle negoziazioni in materia fiscale o proprietaria, oltre le particolari esigenze di certezza in materia penale.

La decisione è inevitabile, obbligatoria e, soprattutto, necessaria: la realtà non lascia infatti spazio all'idea di completezza dell'ordinamento, nemmeno in una società di angeli. Quando un giudice decide un caso, dopo aver assegnato un significato ad una

¹⁴⁹ UGO MATTEI, *Il modello di common law*, cit., pp. 156–163.

norma, ammettendo implicitamente l'esistenza di una lacuna o di un errore, si impegna in un atto di normazione retroattiva. Ogni cambiamento di giurisprudenza (*overruling*) consiste, infatti, in una dichiarazione *coram populo* che tutti i casi decisi sulla base del vecchio precedente siano stati definiti *ab iniuria*, contro il diritto. Un esempio aiuta a capire. Supponiamo che una controversia tra A e B sia decisa in base a un certo significato della norma da applicare. Tale decisione diviene un precedente. Ritenendo tuttavia errata o mutata la regola, C decide in ogni caso di chiamare D in giudizio, convincendo la Corte a rovesciare la *ratio decidendi* (o “*holding*”, nell'uso quotidiano) della precedente decisione. Se l'annullamento del precedente ha effetto retroattivo, allora D perde la causa sebbene avesse confidato nel precedente che ha regolato il giudizio insorto tra A e B (si può parlare in questo senso di *anticipatory overruling*)¹⁵⁰. In questo modo C è pure incentivato a rendere un “pubblico servizio” nel riesaminare una certa decisione. Cosa che, invece, non si verificherebbe se non vi fosse alcun vantaggio retroattivo per la posizione di C (ciò che è noto come *prospective overruling*)¹⁵¹. Tale

¹⁵⁰ Al di fuori della visione tradizionale o classica del precedente, si evolve una realtà dinamica che è alla base della dottrina moderna nota oggi come *anticipatory overruling* o *anticipatory stare decisis*, proposta in quegli anni dai giudici americani Jerome Frank e Learned Hand che così si può formulare: «una Corte inferiore può rifiutarsi di seguire un precedente della Corte Suprema qualora risulti ragionevolmente certo, sulla base delle pronunce giudiziarie dei componenti di questa, che la Corte Suprema non seguirà più quel dato precedente» Cfr. UGO MATTEI, *Il modello di common law*, cit., p. 160.

¹⁵¹ In linea con la crisi della funzione dichiarativa della giurisdizione e della intangibilità della *ratio decidendi* (in favore del ruolo sempre più centrale dell'*obiter dictum*), si pone anche il concetto di *prospective overruling*, oggi recepito in qualche misura da altri ordinamenti, in particolare tedesco e, con

flessibilità incide anche sull'effettività del diritto che rimane in equilibrio tra due esigenze opposte: da un lato la giustizia del caso singolo rispetto al quale l'innovazione giurisprudenziale si pone sempre come un *ex post facto law*, dall'altro la necessità di adeguare il diritto al divenire stesso della realtà a cui si riferisce¹⁵². Questo almeno per il diritto civile.

qualche criticità, inglese (GUIDO TEDESCHI, *Prospective Revision of Precedent*, in "Israel Law Review", 8(2), 1973, pp. 173–196). Tecnica che ha origine in una massima di buon senso, pare enunciata già nel 1675 da Lord Nottingham, penetrata attraverso le corti di *equity*, che consente al giudice di modificare per il futuro un precedente ritenuto non più adeguato a risolvere il caso, ma decidendo quella fattispecie con la regola superata. La funzione è quella di tutelare la buona fede e le aspettative legittime di chi avesse confidato in una certa linea giurisprudenziale, poi sottoposta ad *overruling*, soprattutto in tema di diritti reali o di contratti (Cfr. HENEAGE F. NOTTINGHAM (Lord), *Chancey Cases*, in AA.VV. *Publications of Selden Society*, Vol. 73, B. Quaritch, London, 1954, pp. 182 ss.).

¹⁵² Sul tema del precedente giudiziale e della distinzione tra *anticipatory* e *prospective overruling* nell'esperienza giuridica degli Stati Uniti d'America, che Fuller non affronta in maniera decisa, limitandosi più che altro a descrivere un fenomeno, si segnala ANTONIO GAMBARO/RODOLFO SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, Utet, 2010³, pp. 160–163; UGO MATTEI, *Il modello di common law*, cit., pp. 141–163; ID., *Stare decisis*, Giuffrè, Milano, 1988; LUISA ANTONIOLLI DEFLORIAN, *Il precedente giudiziario come fonte del diritto nell'esperienza inglese*, in "Rivista di diritto civile", I, 1993, pp. 133–204; KARL L. LLEWELLYN, *The Case Law System in America*, University of Chicago Press, Chicago, 1989; WILLIAM TWINING/DAVID MIERS, *How to do Things with Rules*, Law in Context, London, 1976 (traduzione italiana, *Come far cose con regole. Interpretazione e applicazione del diritto*, Giuffrè, Milano, 1989); ARTHUR L. GOODHART, *Case Law in England and America*, in "Cornell Law Review", 15, 1930, pp. 173–193; ID., *Essays in Jurisprudence and the Common Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1931; HENRY C. BLACK, *Handbook on the Law of Judicial Precedent: Or, the Science of Case Law*, St. Paul (Minn.), West Publishing Company, 1912; EUGENTE WAMBAUGH, *The Study of Cases, A Course of Instruction in Reading and Stating Reported Cases, Composing Head-notes and Briefs, Criticising and Comparing Authorities, and Compiling Digests*, Little, Brown and Company, Boston (Mass.) 1894². Peraltro, si segnala come le parole di Fuller sembrano rivivere nella recente sentenza della Suprema Corte di Cassazione, la numero 29506 del 2018, che non a caso legge il bilanciamento dei valori in gioco alla luce della preminenza del "giusto processo" di cui all'art. 111 della Carta Costituzionale

Per il diritto penale, le cose stanno diversamente. Se una norma incriminatrice è assolutamente incerta, tale da impedirne l'interpretazione letterale, essa è addirittura incostituzionale. Ma è anche possibile che una legge penale sia formulata in modo da risultare chiara tranne che in un caso non ipotizzabile *ex ante* nella sua enunciazione astratta. Che cosa fare? In questo caso il problema apparirebbe simile a quello della contesa civile tra A e B, dando al tribunale il potere di risolvere il dubbio retroattivamente. Per Fuller non è una soluzione sostenibile. Tutte le volte in cui una disposizione incriminatrice non è chiara in modo evidente, l'imputato sarà invece assolto¹⁵³.

I problemi legati ad ogni normazione *ex post facto* sono numerosi, ma inducono ad una considerazione finale che costituisce il cuore pulsante della riflessione fulleriana sulla moralità intrinseca del diritto:

italiana, nell'ottica di garantire l'effettività del diritto. Si veda anche LON L. FULLER, *La moralità del diritto*, cit., p. 72 e nt. 12.

¹⁵³ In questo punto Fuller si limita a sviluppare considerazioni attorno alla *quaestio iuris* in materia penale, ma non sembra affrontare il profilo, ancora più problematico, della *quaestio facti* e cioè del "giudizio" sulla prova dei fatti nel processo. Al riguardo, si veda ANTONIO INCAMPO, *Metafisica del processo*, cit., pp. 176–223. Quest'ultimo profilo, tra l'altro, si fa particolarmente interessante in relazione al canone *BARD* (*Beyond any reasonable doubt*). Sul tema, si segnala il volume interdisciplinare di ANTONIO INCAMPO/ADOLFO SCALFATI (a cura di), *Diritto penale e ragionevole dubbio*, Bari, Cacucci, 2017. Questioni diverse sono quelle che attengono alla normativa tributaria, poniamo ad esempio una disposizione che introduca una nuova imposta per entrate fiscali passate. Secondo Fuller, non si tratta di una normativa *stricto sensu* retroattiva, ma di una esigenza che opera in prospettiva. Essa sarebbe odiosa, ma non immorale. Anche perché non è facile esplicitare lo scopo stesso di una disposizione fiscale.

[...] le difficoltà e i problemi più sfumati non dovrebbero nasconderci il fatto che, mentre la perfezione è un obiettivo sfuggente, non è difficile riconoscere le sconvenienze clamorose. E nemmeno, nel cercare esempi di abusi ovvi, siamo costretti a restringere la nostra ricerca alla Germania hitleriana o alla Russia di Stalin. Anche noi abbiamo legislatori che, a loro più modesto modo, hanno l'aria di credere che il fine giustifichi i mezzi¹⁵⁴.

2.2.1.4. La chiarezza delle norme è un principio intrinsecamente morale del diritto e come tale implica la responsabilità del legislatore di rispettare le condizioni minime di legalità. Se la norma, infatti, è oscura si impedisce il suo adempimento e, dunque, il valore della legalità.

Nell'affrontare la questione della chiarezza delle norme, Fuller non bolla l'uso di tecniche di costruzione dei significati mediante "standards" o "tipi" (si pensi, ad esempio, alle *clausole generali* quali la "buona fede" o la "normale diligenza") come fattore di declino della certezza e della legalità¹⁵⁵. Anzi, sostiene che «una

¹⁵⁴ La traduzione italiana di Alessandro Dal Brollo è in *La moralità del diritto*, cit., p. 85 (LON L. FULLER, *The Morality of Law*, cit., p. 62: «...difficulties and nuances should not blind us to the fact that, while perfection is an elusive goal, it is not hard to recognize blatant indecencies. Nor in seeking examples of obvious abuses do we need to confine our search to Hitlerite Germany or Stalinist Russia. We, too, have legislators who, in their own more modest way, give evidence of believing that the end justifies the means.»).

¹⁵⁵ È questo invece il giudizio di FRIEDRICH A. VON HAYEK, *The Road to Serfdom*, 1944, p. 78. Sul tema delle clausole generali, con particolare riferimento a quella di buona fede ed alla dimensione implicita a cui rimanda, si rinvia alle *riflessioni conclusive*.

chiarezza speciosa può essere più dannosa di una onesta seppure nebulosa indeterminatezza»¹⁵⁶.

Ciò non significa che tutta la produzione normativa debba intenzionalmente delegare alle corti il compito di tradurre linee di condotta e prassi seguite da una certa comunità in norme individuali volte a disciplinare il singolo caso. In certi momenti ciò sarà ineludibile e l'interprete dovrà farsi (etimologicamente) mediatore, o tramite, fra un significante, ossia un mezzo di comunicazione (anche) giuridico, e il significato che gli viene attribuito. Il diritto ha, tuttavia, sempre bisogno della chiarezza per essere fedele al suo ideale.

2.2.1.5. Il problema della contraddizione investe ancora una volta la dimensione pratica del diritto e non quella logica. Secondo Fuller, l'idea formalistica per cui si ha contraddizione nel caso di violazione del principio di identità in base al quale "A non può essere non-A" non ha alcun valore per il diritto. Per il filosofo, infatti, la contraddizione delle norme è semplicemente un ostacolo verso il raggiungimento delle finalità del diritto; ostacolo che può essere superato attraverso un intervento di "aggiustamento reciproco", di tipo ermeneutico, volto a conciliare disposizioni tra loro in apparenza incompatibili, sia che la contraddizione si trovi all'interno di una stessa legge, sia che coinvolga più leggi. Ciò significa che la

¹⁵⁶ LON L. FULLER, *La moralità del diritto*, cit. p. 88. L'autore richiama il tema della vaghezza delle norme in RALPH W. AIGLER, *Legislation in Vague or General Terms*, in "Michigan Law Review", 21, 1922, pp. 831-851, nonché il testo anonimo *The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court. A Means to an End*, in "University of Pennsylvania Law Review", 109, 1960, pp. 67-116.

questione della contraddizione delle norme non è di tipo logico e, come tale, insuperabile, ma pratico in quanto:

il contesto di cui si deve tener conto nel determinare un caso di incompatibilità è, certo, non meramente o principalmente di ordine tecnico, poiché esso include l'insieme dei lati istituzionali del complesso problema, quelli legale, morale, politico, economico, sociologico¹⁵⁷.

2.2.1.6. Una legge che richieda l'impossibile non solo non può essere osservata, ma non è una legge. Una norma impossibile, infatti, è talmente assurda da essere soltanto utile a un «potere illegale illimitato» [*lawless unlimited power*]¹⁵⁸. E quando il potere diviene *ab-solutus*, cioè slegato dall'altro da sé, finisce per negare se stesso. In questo senso, il potere è necessariamente condizionato dalle capacità umane di obbedirvi e può rendersi effettivo solo se si mantenga entro i limiti di tali capacità. Il punto è che l'obbedienza ad una regola dipende, a sua volta, dal potere che i destinatari hanno di imporsi sulla imprevedibilità naturale dei fatti umani, capacità, questa, che incide, ad esempio, sulla prova della colpa o della finalità illecita e, in generale, sull'imputabilità del fatto al soggetto. Ecco perché, secondo Fuller, non è sempre facile individuare quando un comportamento sia esattamente possibile o meno per l'uomo. Anche

¹⁵⁷ La traduzione italiana di Alessandro Dal Brollo è in *La moralità del diritto*, cit., pp. 94–95 (LON L. FULLER, *The Morality of Law*, cit., pp. 69–70: «The context that must be taken into account in determining the issue of incompatibility is, of course, not merely or even chiefly technological, for it includes the whole institutional setting of the problem – legal, moral, political, economic, and sociological.»).

¹⁵⁸ LON L. FULLER, *La moralità del diritto*, cit., p. 96.

la nozione di “possibilità” o di “impossibilità”, dunque, è sottoposta a differenti gradi di comprensione. D’altro canto, un medesimo fatto naturale (un “fatto bruto”) può avere differenti significati giuridici. Uno stesso codice semiotico può determinare differenti codici deontici. È proprio quanto accade se la responsabilità giuridica, penale e civile, si imbatte nella dimensione culturale del diritto, dimensione fondata sull’idea del diritto come impresa in cui l’agire degli uni può essere compreso solo considerando quello degli altri.

Ecco i principali problemi legati all’esatta conformità di un’azione umana a un dovere¹⁵⁹. Le prime difficoltà sorgono in tema di responsabilità colposa (e cioè quando il comportamento è segnato da errore o negligenza) o dolosa (quando esso è intenzionale). Basti pensare agli inconvenienti nel provare la colpa. Se questa è parametrata oggettivamente ad uno *standard* come, ad esempio, l’“uomo ragionevole”, si rischia di trascurare l’educazione o le innate abilità che incidono inevitabilmente sulle capacità individuali di

¹⁵⁹ In un saggio apparso in *Die Juristische Argumentation – Vorträge des Weltkongresses für Rechts – und Sozialphilosophie*, dal titolo *The Justification of Legal Decisions* (1971), nel discutere di logica della ragione giudiziale con la quale specifiche controversie sono risolte e che consiste nella logica dipendente dalle corti quando interpretano ed applicano principî giuridici ai casi, Fuller analizza la questione della concretizzazione di un principio che avviene in relazione al contesto sociale in cui esso si dà: cfr. LON L. FULLER, *The Justification of Legal Decisions*, in “Die Juristische Argumentation – Vorträge des Weltkongresses für Rechts – und Sozialphilosophie” (Brüssel, 1971), Wiesbaden, 1972, p. 77. In un secondo momento, nello stesso contributo, nello specificare il problema secondo la distinzione tra due norme giuridiche di diversa specie, «those that I shall call person-oriented and those that I shall call act-oriented», Fuller affronta il tema relativo alla questione di sapere se, relativamente ad una azione, le conseguenze giuridiche siano da riferire all’atto, senza riferimento al suo autore, o se invece una parte del significato e delle conseguenze dell’atto siano riferibili alla personalità del suo autore, alle sue intenzioni, inclinazioni, capacità. *Ivi*, p. 83.

conformarsi alla norma. Se, invece, si accerta la massima realizzazione delle proprie capacità, seppure limitate, il giudizio rischia di mancare di oggettività, in quanto tale ricerca implicherebbe una valutazione simpatetica, di tipo morale (riguardante la colpa), che può essere falsata dalle differenze di classe, razza, religione, età, cultura dei soggetti coinvolti (sia giudicato che giudicante), col rischio evidente di cadere nella parzialità. A comporre l'antinomia tra oggettività e soggettività è la decisione ermeneutica del giudice (e la sua *morality of aspiration*) impegnato a seguire "una incerta via di mezzo". Ciò vale anche per l'accertamento del dolo che non richiede solo un'indagine sulle azioni esterne, ma anche sulla componente interna dell'intenzione¹⁶⁰. Il discorso non muta quando Fuller affronta i casi di responsabilità indipendenti dalla colpa o dalla volontà come, ad esempio, in caso di arricchimento ingiusto e, in genere, in tema di *quasi contract*, o di responsabilità oggettiva nei rapporti economici e commerciali. Non sfugge a tali conclusioni nemmeno la norma penale.

La fenomenologia delle norme impossibili è tra l'altro il risultato della difficoltà di seguire pedissequamente una regola. Per Fuller infatti:

[...] non è possibile demarcare una linea definita tra la difficoltà estrema e l'impossibilità. Una norma che ecceda in ciò che richiede può essere dura ed ingiusta, ma non contraddice

¹⁶⁰ Sostiene Fuller che la prova delle intenzioni si complica quando questa presuppone l'esatta conoscenza di complesse norme, poniamo in campo di reati economici. Cfr. LON L. FULLER, *La moralità del diritto*, pp. 98-99.

necessariamente lo scopo principale di un ordine giuridico, come fa invece una norma che richiede ciò che è manifestamente impossibile. Tra le due vi è un'area indefinita nella quale si incontrano la moralità intrinseca e quella estrinseca del diritto¹⁶¹.

In ultima analisi, la nozione di ciò che è possibile o impossibile non dipende dalla forma, ma deriva *stricto sensu* dalla “natura dell'uomo e dell'universo”¹⁶² che, in ogni caso, restano soggetti a contingenti mutamenti storico-culturali. A comprendere questi ultimi è solo un'ermeneutica non formalistica del diritto.

2.2.1.7. Arriviamo alla stabilità delle leggi. È un principio che, a differenza della irretroattività, si presta con molta difficoltà a essere formalizzato, ma che produce gli stessi effetti visti per le norme *ex post facto*. Per entrambi i principî, infatti, entra in gioco l'affidamento del destinatario alla regola da applicare.

I passaggi sono molto rapidi, ma è chiaro che il contrasto teorico tra *stare decisis* e *overruling* pesi di non poco sulla capacità del diritto di adeguarsi ai mutamenti derivanti dalla complessità della vita stessa. Nel sistema di *common law*, infatti, la *legal rule* (che si forma a partire dalla *ratio decidendi* estratta da un precedente) nasce all'interno del diritto giurisprudenziale. È proprio tale diritto ad avere

¹⁶¹ La traduzione italiana di Alessandro Dal Brollo è in *La moralità del diritto*, cit., p. 106 (LON L. FULLER, *The Morality of Law*, cit., p. 79: «[...] no hard and fast line can be drawn between extreme difficulty and impossibility. A rule that asks somewhat too much can be harsh and unfair, but it need not contradict what is patently impossible. Between the two there is and indeterminate area in which the internal and external moralities of law meet.»).

¹⁶² LON L. FULLER, *La moralità del diritto*, cit., p. 106.

il compito di individuare tecniche equitative capaci, da sole, di provvedere ai necessari “aggiustamenti” per equilibrare gli interessi e le reciproche aspettative¹⁶³.

È quanto accade in particolare nel diritto nord-americano, ove il sistema *stare decisis* risulta temperato dal potere di *overruling*. L’esercizio dell’*overruling* risiede, infatti, nella discrezionalità della Corte che è chiamata a decidere il caso successivo. Una discrezionalità che viene utilizzata con moderazione per evitare che l’*overruling* si tramuti in strumento di improvviso cambiamento del diritto; di fatto, esso è adoperato come un «lento sistema per portare i vecchi principi in armonia con le idee moderne»¹⁶⁴. Alla base di queste tecniche, rimesse all’attività pratica, essenzialmente cooperativa, delle Corti, vi è indubbiamente la critica alla rigidità positivista e burocratica dello *stare decisis* quale ostacolo all’adeguamento del diritto alle trasformazioni della vita stessa.

¹⁶³ Il concetto è anche in EUGENTE WAMBAUGH, *The Study of Cases*, cit., p. 14.

¹⁶⁴ È quanto, ad esempio, è accaduto nel periodo di “attivismo” della Corte Suprema americana a partire dagli anni ’40 che si manifestò in mutamenti, non espressi, di giurisprudenza su temi cruciali quali la legislazione sociale, la segregazione razziale e, in generale, la garanzia dei diritti civili e politici: i vecchi precedenti non vengono formalmente svuotati di valore vincolante, ma limati nei loro fondamenti. Cfr. LON L. FULLER, *La moralità del diritto*, cit., p. 108. L’applicazione della regola *stare decisis* diviene più rigida in alcune materie come le *rules of property*, le *rules of contract* e le *rules of procedure* ove, per tutelare l’affidamento riposto dal destinatario della regola, si preferisce limitare l’*overruling* a ragioni eccezionali. Questo non accade con le aree coperte dalla *law of torts* ma anche ai problemi di *fraud*, *good faith* o i doveri nei confronti dei *trustees* (accomunati dalla valutazione della negligenza) contraddistinti dalla particolare unicità dei casi oggetto di *decisum*. Cfr. UGO MATTEI, *Il modello di common law*, cit., pp. 154–156.

2.2.1.8. Infine, l'ottava condizione di una *inner morality of law*, la congruenza tra azione ufficiale [*official action*] e norma dichiarata [*declared rule*], riguarda direttamente il problema ermeneutico e tocca, in generale, la questione dell'efficacia della norma e dell'effettività dell'ordinamento. In questo senso, può essere considerato il criterio più importante perché attiene agli indispensabili "aggiustamenti" richiesti ogni qual volta l'applicazione della legge è resa difficile. Ciò può accadere per tante ragioni. La causa più importante è la violazione del principio di legalità.

L'integrità della legge, infatti, è garantita dall'intervento del giudice che, tuttavia, non può essere considerato l'unico baluardo contro i fallimenti dell'impresa di fare diritto. Innanzitutto, perché il diritto a formazione giudiziale è vincolato generalmente ad una iniziativa di parte. In secondo luogo, perché anche il diritto delle Corti può imbattersi negli stessi problemi riscontrati dall'ipotetico legislatore (*Rex*) del secondo capitolo de *La moralità del diritto*: può cioè essere incapace di articolare principî chiari e astratti, può produrre decisioni contraddittorie e soggette a continui mutamenti oppure regolare il caso con disposizioni retroattive. I problemi, in questo senso, sono gli stessi legati al difficile rapporto tra *stare decisis* e *overrule*.

Per tali ragioni, l'aspetto più intricato della conformità tra quanto afferma la norma e la sua applicazione sta nell'interpretazione, ossia

nell'attività ermeneutica essenzialmente cooperativa e finalizzata a colmare le lacune della legge. Ed infatti:

Con tutte le sue sottigliezze, il problema dell'interpretazione occupa una importante posizione centrale nella morale intrinseca del diritto. Rivela, come nessun altro problema, la natura del compito di mantenere la legalità come impegno affidato alla cooperazione di più soggetti¹⁶⁵.

Per farlo, l'interprete deve prima di tutto comprendere la norma a partire dal "malessere sociale" che si era prefissato di sanare. In questo modo Fuller prospetta una concezione olistica dell'intenzione del legislatore che si differenzia da quella psicologica. Quest'ultima, in effetti, finirebbe per porre il legislatore o l'estensore di una norma nel ruolo di individuo determinato, piuttosto che di artefice "contestuale" di molteplici condizioni. È la posizione tipica di una teoria atomistica o "puntistica" del significato che concepisce l'intenzione del giurista come rivolta semplicemente a cose individuate o a specifiche situazioni di fatto¹⁶⁶. Ciò che va salvaguardata, invece, è soprattutto l'"intenzione della legge" e non

¹⁶⁵ La traduzione italiana di Alessandro Dal Brollo è in *La moralità del diritto*, cit., p. 121 (LON L. FULLER, *The Morality of Law*, cit., p. 91: «With all its subtleties, the problem of interpretation occupies a sensitive, central position in the internal morality of the law. It reveals, as no other problem can, the cooperative nature of the task of maintaining legality»).

¹⁶⁶ Il punto è affrontato da LON L. FULLER, *American Legal Realism*, cit., pp. 443–447. Con riferimento ai problemi contestuali dell'interpretazione, si rinvia a ID., *La moralità del diritto*, cit., p. 115 nt.; ed ancora ANTONIO INCAMPO, *Metafisica del processo*, cit., pp. 137–140; MICHEL VAN DE KERCHOVE, *La teoria degli atti linguistici e la teoria dell'interpretazione giuridica*, in PAUL AMSELEK (ed.), *Teoria degli atti linguistici, etica e diritto*, Giappichelli, Torino, 1990, pp. 245–290, part. p. 224.

quella del legislatore, per ricostruire la *ratio* ideale della norma senza perdersi nei motivi soggettivi o negli scopi più immediati che hanno spinto il *lawgiver* a regolare una certa situazione¹⁶⁷. Non si tratta pertanto di un'attività meccanica. Fa da sfondo il problema della validità giuridica dinanzi al *judge made law*. L'interprete, difatti, non può mettersi a creare la norma al posto del legislatore. Scrive Fuller:

Qualche oscurità riguardo all'inconveniente cui si cerca di porre rimedio mediante una legge può essere tollerata. Ma se questa oscurità supera un certo punto cruciale, allora nessun virtuosismo nella compilazione e nessuno strumento interpretativo possono rendere qualcosa dotato di significato una legge che sia di questo mancante. Ancora, qualche imprecisione nel concepire la connessione fra il rimedio e il difetto che esso è destinato a correggere non vizia inevitabilmente una legge. Ma, se questa connessione è fondamentalmente fraintesa, allora va perduta ogni possibilità di interpretazione coerente¹⁶⁸.

2.2.2. Gli otto precetti della morale interna al diritto esaminati costituiscono la via attraverso cui si esprime, appunto, «l'aspirazione verso la perfezione nella legalità». Condizioni in base alle quali si può realizzare l'«ideale» della legalità [*rule of law*] e che consentono

¹⁶⁷ Sulla influenza della giurisprudenza degli interessi vedi nota 79.

¹⁶⁸ La traduzione italiana di Alessandro Dal Brollo è in *La moralità del diritto*, cit., p. 117 (LON L. FULLER, *The Morality of Law*, cit., pp. 87-88: «Some obscurity concerning the mischief sought to be remedied by a statute can be tolerated. But if this obscurity exceeds a certain crucial point, then no virtuosity in draftsmanship nor skill in interpretation can make a meaningful thing of a statute afflicted with it. Again, some looseness of thought about connection between the remedy and the defect it is appointed to cure does not inevitably vitiate a statute. But if this connection is fundamentally misconceived, the all possibility of coherent interpretation is lost»).

di subordinare la condotta umana al governo delle norme. Non si tratta di regole tecniche o di meri criteri di efficacia o di regole funzionali all'efficienza di un sistema di norme giuridiche, come ad esempio accade per il realismo americano o per il giuspositivismo, né tantomeno costituiscono criteri utili a determinare una sorta di "credito morale" del legislatore finalizzato al permanere dell'ordine e della stabilità del sistema politico. Tali principî rappresentano, invece, la via attraverso cui possono instaurarsi rapporti di reciprocità fra individui, e fra cittadini e Stato. Requisiti, per l'appunto, indispensabili alla vita della società di cui il diritto è una delle manifestazioni più importanti. Solo mediante essi una norma può dirsi davvero "giuridica".

Resta il problema di come realizzare pienamente la giuridicità. Anche la *inner morality of law*, infatti, come tutti i fatti umani, oscilla tra la morale del dovere e quella dell'intenzionalità e pone lo stesso problema di indicare il limite «al di sotto del quale gli individui saranno condannati per il loro fallimento, ma non possono aspettarsi alcun elogio per il successo, e al di sopra del quale saranno ammirati per il successo e, per male che vada, compatiti per la sua mancanza»¹⁶⁹.

Come per i comportamenti morali in generale, alla base dell'esperienza giuridica vi sono precisi doveri in forma tassativa del

¹⁶⁹ La traduzione italiana di Alessandro Dal Brollo è in *La moralità del diritto*, cit., p. 60 (LON L. FULLER, *The Morality of Law*, cit., p. 42: «It too confronts us with the problem of knowing where to draw the boundary below which men will be condemned for failure, but can expect no praise for success, and above which they will be admired for success and at worst pitied for the lack of it»).

tipo “non uccidere”, “non recar danno”, “non ingannare”, “non diffamare” e così via. Di contro, la *morality of aspiration* richiede un apporto creativo; i suoi principi hanno la forma del tipo “rendi nota la legge”, “rendila coerente e chiara”, “fa sì che le decisioni siano guidate dalla legge”, ecc. Più che doveri sono aspirazioni che mal si prestano ad essere formalizzati. Si pensi, ad esempio, all’esigenza di chiarezza. Essa rimane più che altro un’esortazione, in quanto non è nemmeno possibile individuare un criterio quantitativo che la misuri. Se d’altronde tutto fosse chiaro, non si andrebbe nemmeno in giudizio. Ad essere formalizzabile è solo l’esigenza che le leggi siano conoscibili ed accessibili a tutti. Ecco perché la moralità intrinseca del diritto è condannata a restare in larga parte una morale dell’intenzionalità e non del dovere, il cui cammino verso la perfezione è segnato, come si vedrà, dall’idea di diritto *implicito*.

Non solo. Lo stesso Fuller ammette che tra le otto condizioni di legalità possano sorgere dei conflitti, anche per il mutare delle circostanze. È, ad esempio, desiderabile che la legge rimanga stabile nel tempo e venga con facilità osservata, ed è ben possibile che mutamenti radicali nella vita sociale possano ostacolare l’efficacia di una norma sino a renderla impossibile¹⁷⁰. Si tratta spesso di conflitti tra una morale interna ed una esterna del diritto generati dal divenire stesso della vita che richiede rapidi e costanti mutamenti della legge. Si fa strada, allora, l’idea che il diritto coincida con un’impresa

¹⁷⁰ Gli esempi sul punto si potrebbero moltiplicare. Si pensi all’inflazione catastrofica del marco tedesco nella Repubblica di Weimar o, per riferirsi a fatti di attualità, ad una emergenza epidemiologica su scala planetaria.

umana che procede a gradi sulla scia di una aristotelica “via di mezzo” in vista di un continuo punto di equilibrio per realizzare al meglio la legalità. Sapendo bene che la razionalità del diritto non poggia affatto sul geometrico di inferenze e relazioni logiche, ma su equilibri che solo l’intenzionalità umana può performare¹⁷¹.

Tali condizioni non sono evidentemente in grado di delineare in maniera completa tutta l’intenzionalità assiologica del diritto¹⁷². Per Fuller sono principi minimi al di fuori dei quali non si risponde all’imperativo ultimo di rispettare, reciprocamente, ogni uomo. In questo senso, tutte le istituzioni che veicolano qualsiasi attività umana finalizzata implicano certi requisiti interni all’attività stessa dotati di minimi etici¹⁷³. Minimi, ma pur sempre etici proprio perché costruiti a cominciare da una “prospettiva umana generale” e dall’azione pratica dell’uomo nel mondo.

¹⁷¹ È l’idea, tra l’altro, espressa in *Anatomy of the Law*, cit., p. 166.

¹⁷² Anche in questa parte il pensiero di Fuller è lacunoso, poco analitico e frammentario in quanto mancherebbe l’indicazione di una categoria unitaria sottesa a quei requisiti, come potrebbe essere la tematizzazione della “giustizia”. Categoria, questa, che sarebbe in grado di spiegare gli otto *desiderata* della moralità procedurale del diritto. Tale critica è messa in evidenza, in particolare, da ALESSANDRO DAL BROLLO, *op. cit.*, p. 25. In tal senso, non si può che sottolineare come i fraintendimenti e i giudizi riduttivi della sua riflessione sono determinati sia dal mancato approfondimento di tale moralità specifica del diritto, sia dall’apparente formalismo di quei requisiti che paiono, in ogni caso, legittimare qualsiasi tipo di comportamento, persino il più malvagio. In particolare, quest’ultimo argomento, lo si vedrà, è proposto da Herbert Hart il quale, pur non contestando la definizione fulleriana degli otto *principi* come caratteristiche implicite al concetto di diritto, nega *tout court* l’appellativo “morale” di quegli otto requisiti. La soluzione che si prospetterà in questa tesi va, tuttavia, in direzione opposta. Si rinvia, sul punto, alle *riflessioni conclusive*.

¹⁷³ Il concetto era già abbozzato da LON L. FULLER, *Human Purpose and Natural Law*, cit., pp. 704–705.

2.3. Il terzo passaggio per comprendere la riflessione fulleriana passa dal rapporto di “reciproca influenza” tra la *inner* o *internal morality of law* e la *external morality of law*¹⁷⁴. Fuller tratta gli otto requisiti come delle “uniformità” e cioè delle costanti che si sono date nell’esperienza giuridica:

Quando trattiamo il diritto come un ‘fatto’, dobbiamo assumere che esso costituisca uno speciale tipo di fatto, in possesso di qualità definibili che lo distinguono da altri tipi di fatti [...]. È, quindi, precisamente perché il diritto è un’impresa finalizzata, che esso mostra delle costanze strutturali che il teorico del diritto può scoprire e trattare come delle uniformità che di fatto si danno.¹⁷⁵

Si tratta di costanti che solo in astratto, ma non anche in pratica, possono servire ad una varietà di fini. Sul punto Fuller è perentorio:

Riconoscere che la morale intrinseca del diritto può sostenere e dare efficacia ad una grande varietà di scopi sostanziali non dovrebbe ingannarci facendoci credere che *qualsiasi* scopo sostanziale possa essere perseguito senza compromettere la legalità.¹⁷⁶

¹⁷⁴ LON L. FULLER, *Positivism and Fidelity to Law*, cit., p. 645. Secondo il giurista americano, infatti, il deterioramento dell’una si riverbera sull’altra.

¹⁷⁵ La traduzione italiana di Alessandro Dal Brollo è in *La moralità del diritto*, cit., pp. 195–196 (LON L. FULLER, *The Morality of Law*, cit., pp. 150–151: «When we treat law as a “fact”, we must assume that is a special kind of fact, possessing definable qualities that distinguish it from other facts [...]. It is, then, precisely because law is a purposeful enterprise that it displays structural constancies which the legal theorist can discover and treat as uniformities in the factually given.»).

¹⁷⁶ La traduzione italiana di Alessandro Dal Brollo è in *La moralità del diritto*, cit., p. 200 (LON L. FULLER, *The Morality of Law*, cit., p. 153: «A recognition that the internal morality of law may support and give efficacy to a wide variety of substantive aims should not mislead us into believing that any substantive aim may be adopted without compromise of legality.»).

Se la moralità del diritto, dunque, si può dire neutrale circa una vasta serie di questioni etiche, non può essere tuttavia neutrale circa la concezione dell'uomo implicita nell'idea di giuridicità, poiché:

Intraprendere l'impresa di assoggettare la condotta umana al governo delle norme, necessariamente implica l'adesione alla visione secondo cui l'uomo è, o può divenire, un agente responsabile, capace di comprendere e seguire delle norme, e di rispondere delle sue mancanze. Ogni allontanamento dai principî della morale intima del diritto è un affronto alla dignità dell'uomo come agente responsabile¹⁷⁷.

La realtà del diritto rimanda, pertanto, ad una certa visione, più ampia, dell'uomo (dell'uomo quale "agente responsabile") in virtù della "morale dell'intenzionalità" che non «può rifiutare la qualità umana agli esseri umani senza rinunciare a sé stessa»¹⁷⁸. Ed è dunque quest'ultima, come si vedrà, a spiegare il carattere costitutivo della moralità del diritto.

2.3.1. Su queste basi, Fuller passa ad esaminare il problema di definire la comunità morale. La domanda è la seguente:

Chi è incluso nella comunità morale, la comunità al cui interno gli uomini hanno doveri gli uni verso gli altri e possono condividere significativamente le loro intenzionalità? In un

¹⁷⁷ La traduzione italiana è di Alessandro Dal Brollo in *La moralità del diritto*, p. 211 (LON L. FULLER, *The Morality of Law*, cit., p. 162: «To embark on the enterprise of subjecting human conduct to the governance of rules involves of necessity a commitment to the view that man is, or can become, a responsible agent, capable of understanding and following rules, and answerable for his defaults. Every departure from the principles of the law's inner morality is an affront to man's dignity as a responsible agent»).

¹⁷⁸ LON L. FULLER, *La moralità del diritto*, cit., p. 235.

linguaggio moderno più semplice: chi sarà ricompreso come membro dell'in-group?¹⁷⁹

La soluzione del “dilemma”, secondo Fuller, non è rintracciabile all'interno della morale del dovere che è formalizzata attraverso l'*in-group* ove gli uomini si organizzano per vivere gli uni con gli altri. La morale del dovere, lo si è detto, è la parte contenutisticamente determinabile del diritto. Invece, per capire chi è compreso nell'*in-group*, occorre riferirsi alla morale dell'intenzionalità, costruita cioè sulla naturale pari dignità delle persone, sul riconoscimento e sulla comunicazione reciproca ed universale tra gli stessi: luogo di massima aspirazione dell'itinerario dell'intenzionalità morale¹⁸⁰.

La lezione contenuta nel *Vecchio Testamento* secondo cui «tu amerai il prossimo tuo come te stesso» è particolarmente emblematica in tale prospettiva ed esplicita l'imperativo morale di trattare le persone come fini e non come semplici mezzi. Fuller non manca di specificare che “il tuo prossimo” è ogni uomo, persino il nemico, come accade nella parabola evangelica del Buon Samaritano secondo la quale, e non è un caso, a soccorrere l'uomo ferito e abbandonato dai ladroni è proprio un membro dell'*out-group*.

Il fine, però, non è quello di includere chiunque nella comunità morale, ma di aspirare (in questo senso si parla di *morality of*

¹⁷⁹ La traduzione italiana è di Alessandro Dal Brollo in *La moralità del diritto*, cit., pp. 233–234 (LON L. FULLER, *The Morality of Law*, cit., p. 183: «Who are embraced in the moral community the community within which men owe duties to one another and can meaningfully share their aspirations? In plain straightforward modern language the question is: Who shall count as a member of the in-group?»).

¹⁸⁰ ALESSANDRO DAL BROLLO, *op. cit.*, p. 29.

aspiration) ad allargare e ad aprire tale comunità a tutti gli uomini, innanzitutto agli “uomini di buona volontà”. Infatti, la “morale dell’intenzionalità” è più che altro una morale di “incoraggiamento” e di “buoni consigli” che non manca di una certa imperatività, giustificabile con il riconoscimento universale degli uomini come membri dell’umanità, senza alcuna etichetta di carattere biologistico¹⁸¹. La “morale dell’intenzionalità” è, pertanto, costruita sull’uguaglianza ontologica della persona e, in generale, sul “principio persona”¹⁸².

È chiaro che, nella visione di Fuller, soltanto la “morale dell’intenzionalità” è capace di spiegare tale apertura della comunità morale, molto meglio della “morale del dovere” che è essenzialmente relegata a spiegare l’esistenza di gruppi chiusi, circoscritti a rapporti di vicinanza, costume, cultura o politici, e non, invece, alla universalità degli uomini, come pretende la parità ontologica ed il carattere finalizzato di ogni azione umana di cui si è ora accennato.

2.3.2. Il diritto, dal canto suo, è capace, più di ogni altro fatto o forma di ordine sociale¹⁸³, di finalizzare l’azione alla *morality of aspiration*¹⁸⁴. È il principio di un diritto naturale sostanziale, «*Natural Law with capital letters*», così formulato da Fuller:

¹⁸¹ LON L. FULLER, *La moralità del diritto*, cit., p. 235.

¹⁸² Sul punto si veda anche SERGIO COTTA, *Il diritto nell’esistenza*, cit., pp. 41–64.

¹⁸³ Le stesse che si analizzeranno nel prossimo capitolo.

¹⁸⁴ Come rileva ALESSANDRA CALLEGARI, *op. cit.*, p. 162, se così non fosse, allora non ci sarebbe alcuna distinzione con l’impostazione neokantiana di Hart secondo cui i mezzi giuridici sono strumentali ai fini politici-etici.

Apri, cura, preserva la integrità dei canali di comunicazione mediante i quali gli uomini trasmettono gli uni agli altri ciò che percepiscono, sentono, desiderano.¹⁸⁵

L'obiettivo principale di questo principio, che secondo Fuller sostiene e fonda qualsiasi aspirazione umana, è quello di conservare continui e reciproci canali di comunicazione con gli altri dato che:

La comunicazione è qualcosa di più di un mezzo per rimanere vivi. Essa è un modo di essere vivi. È attraverso la comunicazione che ereditiamo i risultati dello sforzo umano passato. La possibilità di comunicazione ci può riconciliare con il pensiero della morte, assicurandosi che ciò che otteniamo arricchirà le vite di coloro che verranno.¹⁸⁶

Il diritto rappresenta, dunque, un momento privilegiato per la realizzazione delle aspirazioni umane. Le otto condizioni di una *inner* o *internal morality of law* raffigurano, a loro volta, i canali decisivi di tale realizzazione. La direzione è molto diversa da quella manageriale:

La moralità intrinseca del diritto non è qualche cosa di aggiunto, o di giustapposto, al potere della legge, ma è una condizione essenziale di quel potere stesso. Se si accetta tale

¹⁸⁵ La traduzione italiana è di Alessandro Dal Brollo in *La moralità del diritto*, cit., p. 239 (LON L. FULLER, *The Morality of Law*, cit., p. 186: «Open up, maintain, and preserve the integrity of the channels of communication by which men convey to one another what they perceive, feel and desire.»).

¹⁸⁶ *Ibidem*: «Communication is something more than a means of staying alive. It is a way of being alive. It is through communication that we inherit the achievements of past human effort. The possibility of communication can reconcile us to the thought of death by assuring us that what we achieve will enrich the lives of those to come.»

conclusione, la prima osservazione che bisogna fare è che il diritto è una precondizione del buon diritto.¹⁸⁷

Essendo connaturali all'uomo e alla sua stessa esistenza, gli otto requisiti di esistenza della giuridicità si possono definire naturali, ma in un senso del tutto particolare:

Queste leggi naturali non hanno nulla a che fare con qualsiasi «onnipresenza che sovrasti i cieli». Né hanno la più vaga affinità con qualsiasi affermazione del tipo di quella per cui la pratica della contraccezione è una violazione della legge di Dio. 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

¹⁸⁷ La traduzione italiana è di Alessandro Dal Brollo in *La moralità del diritto*, cit., p. 203 (LON L. FULLER, *The Morality of Law*, cit., p. 155: «[...] the internal morality of law is not something added to, or imposed one, the power of law, but is an essential condition of that power itself. If this conclusion is accepted, then the first observation that needs to be made is that is a precondition of good law.»).

agli scopi sostanziali delle norme giuridiche, ma ai *modi* in cui un sistema di norme volto a governare la condotta umana deve essere costruito ed amministrato se ha da essere *efficace* ed allo stesso tempo rimanere ciò che si propone di *essere*.¹⁸⁸

2.3.3. Da questi passaggi si fa strada la terza chiave di lettura della riflessione fulleriana. Riguarda il legame tra *inner* o (*internal*) *morality of law* ed *external morality of law*. Si delinea ora il

¹⁸⁸ La traduzione italiana, ma con la sola aggiunta dei corsivi, è di Alessandro Dal Brollo, *La moralità del diritto*, cit., pp. 130–131 (LON L. FULLER, *The Morality of Law*, cit., pp. 96–97). Già nello scritto di LON 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 LON L. FULLER, *American Legal Philosophy*, cit., p. 467: «These natural laws have nothing to do with any “brooding omnipresence in the skies.” Nor have they the slightest affinity with any such proposition as that the practice of contraception is a violation of God’s law. They remain entirely terrestrial in origin and application. They are not “higher” laws; if any metaphor of elevation is appropriate they should be called “lower” laws. They are like the natural laws of carpentry, or at least those laws respected by a carpenter who wants the house he builds to remain standing and serve the purpose of those who live in it. [...] As a convenient (though not wholly satisfactory) way of describing the distinction being taken we may speak of a procedural, as distinguished from a substantive natural law. What I have called the internal morality of law is in this sense a procedural version of natural law, though to avoid misunderstanding the word “procedural” should be assigned a special and expanded sense so that it would include, for example, a substantive accord between official action and enacted law. The term “procedural” is, however, broadly appropriate as indicating that we are concerned, not with the substantive aims of legal rules, but with the ways in which a system of rules for governing human conduct must be constructed and administered if it is to be efficacious and at the same time remain what it purports to be». In queste parole emerge tutta la diversità metodologica fulleriana di intendere il rapporto tra diritto e morale. Qui la moralità è interna alle procedure stesse.

passaggio alla politica del diritto, ossia alla questione dei criteri di scelta e di ciò che è desiderabile fare¹⁸⁹.

Con la “moralità interna”, Fuller sembra designare la morale strettamente connessa al diritto, contrassegnata da principî di *struttura* che configurano un “diritto naturale procedurale” strettamente connesso al “diritto naturale sostanziale”¹⁹⁰. Diritto questo che potrebbe anch’esso definirsi strutturale, poiché «inerente com’è [...] alle strutture stesse più profonde della natura dell’uomo»¹⁹¹.

Con la “morale esterna”, invece, ci si avvicina al campo delle valutazioni etiche con cui si giudica la varietà di scopi di altri ambiti

¹⁸⁹ È lo stesso Fuller ad affermarlo in LON L. FULLER, *Means and Ends*, cit., p. 64 secondo cui prima di discutere di ciò che è desiderabile, è essenziale capire ciò che è possibile fare: «[...] for it is only when these ends have been clarified that it is possible to deal intelligently with means, or even to know what means are relevant to the objects of architecture». Si tratta di una chiara indicazione metodologica.

¹⁹⁰ Come sottolinea ALESSANDRA CALLEGARI, *op. cit.*, p. 164: «Fuller individua un’importante interrelazione tra il perseguimento dei fini procedurali in un sistema giuridico e la qualità dei fini sostanziali perseguiti nello stesso. Secondo il giurista americano, l’accettazione della morale giuridica è una condizione necessaria, sebbene non sufficiente, per la realizzazione della giustizia». Non a caso, in molti saggi, Fuller affermava quanto segue: «Se facciamo le cose nel giusto modo, stiamo facendo la cosa giusta». Vedi LON L. FULLER, *What the Law Schools can Contribute to the Making of Lawyers*, in “Journal of Legal Education”, 1, p. 204; ID., *A Reply to Professors Cohen and Dworkin*, in “Villanova Law Review”, 10, 1965, p. 655; ID., *Positivism and Fidelity*, cit., p. 649; ID., *The Morality of Law*, cit., p. 286. La tesi è pure ripresa da JOHN RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano, 2010³, pp. 75 ss. Si veda anche, sulla natura procedurale della moralità fulleriana, ANDREA PORCIELLO, *Diritto decisione giustificazione. Tra etiche procedurali e valori sostanziali*, Giappichelli, Torino, 2005, p. 34, così come sulla distinzione tra “etica del che cosa” ed “etica del come”, pp. 1–33; si veda anche ID., *Principi dell’ordine sociale*, cit., p. 130.

¹⁹¹ ALESSANDRO DAL BROLLO, *op. cit.*, p. 35.

dell'esperienza umana «atti solo a valutare i molteplici e cangianti contenuti del diritto stesso»¹⁹².

La *inner* (o *internal*) *morality of law* è basilare per la *external morality of law* proprio perché determina la costituzione dell'ordine senza il quale la giustizia non sarebbe neppure pensabile, né sarebbero attuabili gli altri principî della vita morale del soggetto. Per tale ragione, le due morali (interna ed esterna) sono in relazione di “reciproca influenza”: il deterioramento dell'una porta inevitabilmente alla negazione dell'altra¹⁹³.

2.4. Si manifesta, così, il carattere necessariamente assiologico del diritto. Allontanarsi dagli otto precetti della moralità intrinseca del diritto corrisponde a negare la stessa dignità dell'uomo come agente responsabile. Solo grazie ad esse «l'uomo è, o può divenire, un agente responsabile»¹⁹⁴.

Il diritto non è, dunque, un semplice fatto o un fatto inerte. Tutt'altro. Senza la propria moralità si ridurrebbe all'efficientismo senza scopo di una direzione semplicemente manageriale.

¹⁹² *Ibidem*.

¹⁹³ LON L. FULLER, *Positivism and Fidelity*, cit., p. 645.

¹⁹⁴ LON L. FULLER, *La moralità del diritto*, cit., p. 211. Qui Fuller sottolinea che l'agente responsabile, in virtù della sua moralità, è capace di comprendere e seguire le norme, nonché di rispondere delle proprie mancanze.

3. IL “BUON ORDINE” E LE SUE FORME.

SOMMARIO: 3.0. La teoria del “buon ordine”. – 3.1. Il nesso mezzo-fine e le forme per realizzare l’ordine sociale. – 3.2. Processo, mediazione, contratto e consuetudine, legislazione. – 3.3. La direzione manageriale. – 3.3.1. La diversa prospettiva del legislatore e del *manager*. – 3.3.2. Le differenti e inconciliabili visuali di Fuller e Hart su moralità della legge e validità formale. – 3.4. La libertà positiva (*freedom to*) e la libertà negativa (*freedom from*). – 3.5. La *notion of purpose*. – 3.6. *Rule of law*.

3.0. Il diritto per Fuller rappresenta la forma di ordine sociale per eccellenza, perché consente la massima interazione tra i consociati (definiti “soggetti responsabili”) chiamati a partecipare liberamente alle decisioni che riguardano loro stessi. Rispetto al diritto esistono, infatti, altre forme, anch’esse dotate di una propria moralità intrinseca¹⁹⁵. Si tratta di “forme di propositività umana” e cioè

¹⁹⁵ Rinvia al concetto di *efficacious social engineering* ALESSANDRA CALLEGARI, *op. cit.*, p. 85. Alessandro Dal Brollo, ha correttamente evidenziato che gli otto precetti della morale esprimono qualcosa di più incisivo della semplice efficacia (sul punto vedi *infra* nota 204). La domanda essenziale per Fuller, dunque, diviene la seguente: «Do we use law as an instrument of constraint to keep people from evil or damaging behaviour, or do we, through rules of law, provide for our citizens a framework within which they can organize their relations with one another in such a manner as to make possible a peaceful and profitable coexistence?» («Usiamo il diritto come uno strumento di costrizione per tenere la gente lontana dal male o da comportamenti dannosi, oppure mediante le norme giuridiche, provvediamo i nostri cittadini di un’impalcatura di base all’interno della quale essi possano organizzare le loro relazioni in maniera tale da rendere possibile una coesistenza

“modelli”, “principi” o “mezzi” (come vengono chiamati indistintamente), con i quali è possibile rielaborare l’intero panorama delle fonti normative, nonché l’assetto e la tenuta stessa della società a partire, ancora una volta, dal soggetto come “agente responsabile”.

Nasce in questo modo la scienza del “buon ordine” e dei modelli di funzionamento sociale che il giurista americano designa aristotelicamente con il termine ‘eunomia’¹⁹⁶. Solo rispettando le

pacifica e vantaggiosa?». Così LON L. FULLER, *Law as an Instrument of Social Control and Law as a Facilitation of Human Interaction*, in *Die Funktionen des Rechts – Vorträge des Weltkongresses für Rechts-und-Sozialphilosophie* (Madrid, 1973), Wiesbaden, 1974, p. 99. La traduzione è di Alessandro Dal Brollo, nella *Prefazione a La moralità del diritto*, cit., p. IX. Si tratta di un’opera particolarmente rilevante ai fini della presente indagine. Si lega, ad esempio, alle riflessioni sul diritto consuetudinario che consiste in «rules of conduct that arise directly out of the interaction of human beings with one another, rules that enable men to anticipate the interactional behavior of their fellows in future encounters», sicché tale fenomeno non può essere ridotto, come la legge, a strumento di “controllo sociale”. Ed infatti: «custom [...] is not only an important direct source of law in modern society, but [...] our conceptions, and misconceptions, of it silently shape in many ways our attitudes toward the meaning of enacted law», sicché «customary law, not simply [...] serves to facilitate interaction, but [...] derives tacitly from interaction». Il fenomeno consuetudinario, quindi, nell’ottica fulleriana scardina l’idea che il diritto sia qualcosa di imposto dall’alto, come viene invece sostenuto in alcune “teorie generali del diritto”, le quali «seem all to share the view that law is a species of control imposed from above; it derives from, and is dependent upon some established center of authority. The notion that the human subject of law can, through their interactions, generate rules of law is something that legal theory has never felt comfortable with». Cfr., *Ivi*, pp. 102–104.

¹⁹⁶ Il lavoro che raccoglie i saggi di Fuller sulle forme giuridiche e sull’*eunomia* è, come detto nel primo capitolo, *The Principles of Sociale Order*, cit., curato da Kenneth I. Winston. Dello stesso autore si veda anche *Is/Ought Redux: the Pragmatist Context of Lon Fuller’s Conception of Law*, in “Oxford Journal of Legal Studies”, 8(3), 1988, p. 329, nonché ID., *The Ideal Element in a Definition of Law*, in “Law and Philosophy”, 5(1), 1986, p. 89. Stando a Fuller, una delle prime opere che si sono occupate dell’*eunomics* è quella di ROBERT A. DAHL/CHARLES E. LINDBLOM, *Politics, Economics and Welfare*, The University of Chicago Press, Chicago, 1953. Sull’origine aristotelico del termine si veda KRISTEN RUNDLE, *op. cit.*, p. 32 la quale documenta che nella copia personale di Fuller dell’opera di Jerome Hall, *Readings in Jurisprudence*, compare

corrispondenti condizioni di moralità intrinseca le forme di ordine sociale possono essere “buone” e, come tali, efficaci. In caso contrario si dà vita ad un ordine *simpliciter*¹⁹⁷ e, dinanzi a violazioni radicali dei principî della morale procedurale che attentino alla dignità umana, ne deriva solo il non-ordine.

La prima teorizzazione di tale scienza, anche se incompiuta e non sistematizzata, è già in scritti minori ed antecedenti a *The Morality of Law*. La si rintraccia, in particolare, nel capitolo finale di *The Problems of Jurisprudence* (1949), intitolato significativamente *The Principles of Order*, capitolo dedicato alla questione del nesso mezzo-fine. Seguiranno altri contributi, alcuni pubblicati postumi nel lavoro *The Principles of Social Order* (1981)¹⁹⁸.

3.1. Tutte le forme di ordine sociale hanno una loro specifica moralità che, pur trascendendo i fini sostanziali che ognuna può perseguire, denotano come per il diritto una propria teleologia

un’annotazione a margine di un riferimento aristotelico relativo alla “bontà del diritto” ed una frase in greco che si esprime con il termine “eunomia”.

¹⁹⁷ LON L. FULLER, *Positivism and Fidelity*, cit., p. 644.

¹⁹⁸ *The Problems of Jurisprudence* è un’opera composta dalle *Lectures* per il corso in *jurisprudence* alla Harvard Law School, con l’aggiunta di un capitolo finale, *The Principles of Order*, sui principî dell’ordine sociale. Il volume è stato pubblicato nel 1949 in un’edizione temporanea che Fuller avrebbe inteso integrare in un secondo momento, cosa che non ha mai fatto. Tuttavia, il giusfilosofo aveva iniziato a lavorare ad un nuovo saggio intitolato *The Principles of Social Order: An Essay in Eunomics* che avrebbe dovuto sostituire il capitolo finale di cui si è detto, ma di tale progetto è stato realizzato solo l’introduzione, *Means and Ends*, è una parte relativa all’*adjudication*, saggi poi pubblicati nel lavoro curato da KENNETH I. WINSTON, *The Principles of Social Order*, cit., pp. 61–78 e 102–139 a cui si rinvia anche per i dati storici e bibliografici.

procedurale¹⁹⁹. I mezzi, infatti, rimandano già al loro specifico fine e, in questo senso, la questione del rapporto mezzo-fine diviene un problema unitario²⁰⁰. In altre parole, veicolando la libertà individuale, tali procedure hanno *in sé* il compito di orientare la condotta umana, individuale o collettiva, nel rispetto della dignità umana che continua a rappresentare un'irrinunciabile e inderogabile condizione di esistenza delle forme medesime²⁰¹. Va precisato che non si tratta affatto di processi soltanto spontanei (come invece sostenuto, tra gli altri, da Polanyi o von Hayek che hanno pure dedicato alcune riflessioni sul tema), pur rimanendo *intenzionali*, non necessariamente esplicitati e il più delle volte impliciti²⁰².

All'inizio, in *The Problems of Jurisprudence*, Fuller individua alcuni metodi che consentono di realizzare una vita ordinata, nella quale «la gente possa vivere e lavorare insieme con successo», e cioè: (i) la scoperta collettiva e il riconoscimento di bisogni comuni; (ii) la creazione di un potere che detti le regole; (iii) la soluzione delle dispute per mezzo di un giudizio; (iv) i negoziati e accordi fra le parti²⁰³. “Metodi” ai quali corrispondono i principî del *bisogno*

¹⁹⁹ In questo modo, Fuller non pensa alle forme di ordine sociale come dei meri strumenti tecnici per realizzare scopi esterni (sia al diritto, sia alle diverse modalità di produzione normativa), come accade per la tradizione giuspositivistica. Sul punto, una interessante analisi è nel saggio introduttivo di ANDREA PORCIELLO, *Il caso degli speleologi*, cit., p. 31.

²⁰⁰ ANDREA PORCIELLO, *Principi dell'ordine sociale*, cit., pp. 67–73.

²⁰¹ Queste forme, dunque, contengono a loro interno determinati fini che concorrono a costituire tali processi: LON L. FULLER, *Human Purpose and Natural Law*, cit., p. 75.

²⁰² LON L. FULLER, *The Law in Quest of Itself*, cit., p. 134.

²⁰³ LON L. FULLER, *The Problems of Jurisprudence*, cit., p. 694. Il riferimento è anche in ALESSANDRO DAL BROLLO, *op. cit.*, p. 38.

comune, del *potere legittimo* (in quanto *legittimato*), del *giudizio* e del *contract*. Gli ultimi tre, in verità, sono subordinati al primo e servono proprio per realizzare il principio del “bisogno comune” [*common need*]²⁰⁴. Concetto, questo, che non risente di alcuno slancio emozionale o sentimentale sul piano politico, economico, storico e filosofico, ma è pensato in maniera, del tutto “neutrale”²⁰⁵.
Scrivo a proposito Fuller:

Oggi molta gente ragionevole ed intelligente crede che non esista quella cosa che è il giusto ordinamento della società, che tutti i giudizi relativi ad esso siano soggettivi e che il principio del bisogno comune non abbia significato nel governo degli uomini o nella amministrazione delle loro leggi. La prova che essi offrono per sostenere questo loro modo di pensare è che nessuno può indicare alcuna regola di legge particolare o di ordine sociale che sia richiesta in modo non ambiguo dal bisogno comune. [...] È vero che perfino le più fondamentali regole giuridiche contengono una mistura di elementi che non sono chiaramente richiesti dal solo bisogno comune. [...] Per il fatto che il bisogno comune non ci dice tutto, non è abbastanza giusto concludere che esso non ci dice niente. Coloro che non rispettano il principio del bisogno comune per il fatto che esso non mette tutti i puntini sulle i o non taglia tutte le t dovrebbero ricordare il detto di un antico filosofo cinese, Mencio: «quando un calzolaio si mette a fare un paio di

²⁰⁴ Secondo Dal Brollo, *Ibidem*, nel concetto di “bisogno comune” si alluderebbe a qualcosa di più decisivo rispetto ai *social interests* indicati da Pound e al suo concetto di *efficacious social engineering*.

²⁰⁵ In questo senso, PHILIP SELZNICK, *Anatomy of the Law, by Lon L. Fuller*, cit., p. 1478 sostiene che gli ideali giuridici di Fuller non derivano da un’etica esterna, ma emergono dalle dinamiche interne ad ogni forma di organizzazione sociale.

scarpe senza conoscere la misura del piede, egli non finisce certo col fare un canestro di vimini»²⁰⁶.

Nel saggio *The Role of Contract in the Ordering Processes of Society Generally*, alle quattro forme di ordine sociale, Fuller ne aggiunge altre sei, tra cui la direzione manageriale²⁰⁷. Tali forme non si sviluppano solo in senso verticale (come è per la *managerial direction*), ma operano anche orizzontalmente (si pensi alla consuetudine o al contratto).

Ogni processo non rappresenta un semplice mezzo, ma è più che altro un “modo” che contiene *in sé* un fine non predeterminato²⁰⁸. I

²⁰⁶ LON L. FULLER, *The Problems of Jurisprudence*, cit., pp. 695–696 e 700–701. La traduzione è di Alessandro Dal Brollo, nella *Prefazione a La moralità del diritto*, cit., p. VIII. È interessante notare come in Fuller il “potere legittimato” consiste non tanto nella diade comando-sanzione, quanto nell’accettazione del potere sovrano da parte dei soggetti; accettazione derivante, ad esempio, dalla possibilità di adempiere al comando stesso. In generale, si può dire che il potere viene accettato se rispetta le otto condizioni di moralità intrinseca. Con il *contract*, il giusfilosofo si riferisce essenzialmente al carattere obbligatorio e vincolante che si rinviene negli accordi volontari da intendere come “scambio di promesse” non solo tra individui, ma anche tra individui e Stato (non è un caso che lo stesso Fuller sia stato uno dei maggiori teorici sul *contract*). Infine, vi è il «rilevamento della forza morale che una decisione presa da un tribunale imparziale ha negli affari degli uomini [...], uno degli avvicinamenti più esatti che si possono fare verso la giustizia o il bisogno comune». *Ivi*, pp. 702–734.

²⁰⁷ Oltre alla direzione manageriale, le altre forme sono: a) il coordinamento di aspettative e azioni che sorgono tacitamente, come la consuetudine e la prassi; b) il sistema elettorale; c) la mediazione; d) la proprietà; e) il tentare la fortuna. Cfr. LON L. FULLER, *The Role of Contract in the Ordering Processes of Society Generally*, in ID. *The Principles of Social Order*, cit., pp. 188–205.

²⁰⁸ In *American Legal Philosophy*, cit., p. 479 Fuller denuncia il grande errore delle scuole di diritto naturale responsabili di non aver collegato i problemi relativi ai fini con quelli riguardanti i mezzi. In particolare, in *Means and Ends*, cit., pp. 76–72, Fuller critica sia John Stuart Mill per aver considerato prevalenti i fini sui mezzi ritenendo i primi come entità autonome, sia l’utilitarismo di Jeremy Bentham per essersi concentrato sull’elaborazione di una gerarchia dei fini. Allo stesso tempo, contesta quelle teorie che percepiscono i mezzi come indefinitamente flessibili per realizzare una molteplicità di fini, gli approcci che ritengono rinvenibili le

fini di ogni forma, infatti, rimandano alle qualità intrinseche che devono essere rispettate se non si vuole dar vita a un ordine cattivo [*bad order*] o a modi di ordinare la società del tutto impraticabili²⁰⁹. Ecco perché sono veri e propri principî dell'ordine sociale²¹⁰. Anche

condizioni della struttura formale solo nei mezzi e non anche nei fini, le riflessioni che intendono le istituzioni sociali come un male necessario e non come un modo per raggiungere un certo fine.

²⁰⁹ Ciò accade se, ad esempio, si perseguono i fini della mediazione con le forme dell'*adjudication*. Cfr. LON L. FULLER, *American Legal Philosophy*, cit., p. 463.

²¹⁰ Il riferimento al termine 'principî' che qui viene adoperato è quello fatto proprio da GUSTAVO ZAGREBELSKY, *op. cit.*, pp. 205–210 il quale, nel richiamare la letteratura esistente sul tema, si concentra in particolare sulla distinzione dei principî con i valori, distinzione che appare pertinente ai fini della presente indagine. Secondo Zagrebelsky non sempre si ha cura di distinguere i principî dai valori. Ragionare o agire per principî e ragionare per valori sono cose diverse. La confusione sta nel fatto che principî e valori possono riferirsi agli stessi beni, come la persona umana, la vita, la natura, la cultura, l'arte, la sicurezza, il benessere, l'espansione economica e così via. Ciò che tuttavia distingue i principî dai valori non è tanto il bene preso in considerazione, ma come è preso in considerazione. Il valore-fine chiede di essere perseguito. Il valore pertanto vale come un'autorizzazione all'azione o al giudizio diretto al risultato. Chiaramente il valore non dice nulla dei mezzi che possono servire per realizzare quel valore. Tra l'inizio e la fine dell'agire per valori può esserci di tutto perché il valore copre qualsiasi azione che possa essere messa in rapporto di strumentalità efficiente rispetto al valore stesso: il più nobile valore può giustificare la più abietta delle azioni (pace-guerra preventiva; libertà-sterminio di massa; diritti umani-uso della forza con le guerre umanitarie; la difesa della vita-la pena di morte per gli assassini). Ne deriva che il fine può giustificare qualsiasi mezzo, sicché l'agire per valori mal si lega a criteri regolativi e delimitativi *a priori* (si dice che l'etica dei valori è l'etica della potenza proprio perché si riferisce a ciò che può essere senza alcuna preventiva delimitazione). I principî, al contrario dei valori, sono beni iniziali e chiedono di essere realizzati attraverso attività consequenzialmente determinate. Riguardano cioè i mezzi del nostro agire. Ecco perché i principî hanno un contenuto normativo circa l'azione (cioè prescrivono il comportamento da tenere). L'agire per principî è dunque regolato e delimitato dal principio medesimo il che significa verificare la coerenza del comportamento con il principio (mentre la logica sottesa all'agire per valori è quella dell'efficienza e cioè verificando se si è raggiunto o meno l'obiettivo). Dunque, si può dire che i valori ci indicano la meta, ma non la strada; i principî la strada, ma non la meta. Ecco perché i criteri morali di Fuller possono chiamarsi, come si è visto nel capitolo precedente, principî.

in questo caso se il fine esterno, che è propriamente un valore²¹¹, confligge con i principî interni al rispettivo ordine sociale, a prevalere saranno comunque le regole di moralità intrinseca in quanto condizioni necessarie (anche se non sufficienti) del “buon ordine” o, quantomeno, di un ordine che possa definirsi davvero tale.

3.2. Le principali forme di ordine sociale sono richiamate in *The Principles of Social Order*²¹². Di seguito se ne illustreranno sinteticamente quattro (quelli più approfonditi dall’Autore), descrivendone in particolare le condizioni di *inner morality* e la loro specifica funzione. Dedicherò poi maggiore attenzione alla forma della direzione manageriale.

i) Il processo²¹³ – e cioè l’insieme delle “modalità” di ordine sociale con cui è possibile prendere delle decisioni sulla base delle norme prodotte dalla legislazione – è oggetto di studio, in particolare, nel saggio *The Forms and Limits of Adjudication* (1978)²¹⁴. Le condizioni della propria moralità procedurale (oscillante tra dovere

²¹¹ *Ibidem*.

²¹² In particolare, si rinvia alla KENNETH I. WINSTON, *Introduction a The Principles of Social Order*, cit., p. 48 che riporta una tabella riassuntiva delle principali forme e caratteristiche dell’ordine sociale.

²¹³ Traduco in questo modo il termine ‘*adjudication*’. Tale forma, infatti, non si riferisce in maniera specifica al solo giudizio, ma in generale ai processi decisionali anche alternativi per risolvere le dispute.

²¹⁴ LON L. FULLER, *The Forms and Limits of Adjudication*, cit., p. 102 (la pagina si riferisce al contributo pubblicato in *The Principles of Social Order*, cit.). Qui Fuller richiama espressamente l’opera di ROSCOE POUND, *The Limits of Effective Legal Action*, in “*American Bar Association Journal*”, 3, 1917, pp. 55–70 il quale affronta, non a caso, la questione dei limiti dell’azione giuridica e della sua effettività.

ed intenzionalità) sono: a) la partecipazione delle parti attraverso la produzione di prove e argomentazioni; b) l'imparzialità del giudice o dell'arbitro; c) l'obbligo di decidere il caso concreto; d) l'obbligo di decidere solo sulla base di prove ed argomenti che entrano nel giudizio senza ricorrere al sapere privato²¹⁵. Il processo, che in Fuller comprende anche l'attività di competenza di arbitri, mediatori, consigli di amministrazione e organi burocratici, eredita il carattere dialogico e cooperativo del processo *adjudicative*²¹⁶. In questo senso, la legittimazione del potere di decisione non si fonda sulla delega da parte di una norma superiore (come in Kelsen), ma dalla volontà di nominare un terzo (giudice o arbitro) espressa in un accordo tra le parti in conflitto. Così l'autorità della decisione è costruita all'interno del processo e non fuori di esso. È da notare che Fuller non inserisce tra le condizioni di una "*inner morality of adjudication*" l'obbligo di rendere pubblica la motivazione (il che non significa sostenere l'assenza di una qualche giustificazione interna alla decisione), né l'obbligo di conformarsi ad un precedente²¹⁷.

ii) La mediazione ambisce a rendere le parti edotte delle norme sociali applicabili al caso in modo che le stesse siano persuase ad accordarsi volontariamente dando vita ad una struttura di regole. In *Mediation – Its Forms and Functions* (1971) Fuller individua le

²¹⁵ Cfr. LON L. FULLER, *The Forms and Limits of Adjudication*, cit., pp. 107, 108, 111–112, 121 (le pagine si riferiscono al contributo pubblicato in *The Principles of Social Order*, cit.).

²¹⁶ Ad esempio, rientra nel processo *adjudicative* anche il consorzio per la gestione delle risorse scarse di acqua tra i contadini; sul punto LON L. FULLER, *Irrigation and Tyranny*, in ID., *The Principles of Social Order*, cit.

²¹⁷ Si veda LON L. FULLER, *The Problems of Jurisprudence*, cit., pp. 707–708.

seguenti condizioni di una “*inner morality of mediation*”: a) le parti coinvolte sono due (singoli o gruppi); b) il loro stesso rapporto, che è di dipendenza reciproca, induce a sottoscrivere un accordo; c) l’accordo contiene spesso elementi di scambio economico e d) assume la forma di una costituzione volta a regolare i rapporti futuri tra le parti; e) le parti sono sullo stesso piano; f) il mediatore non ordina ma persuade le parti in vista dell’accordo²¹⁸. Pertanto, in generale, la mediazione è quel mezzo che *in sé* ristabilisce i canali di comunicazione tra le parti che si erano interrotti a causa del conflitto: in tal senso, dunque, la mediazione è ontologicamente la preconditione per l’autoregolamentazione agevolata dal ruolo centrale ricoperto dal mediatore quale “architetto” delle strutture sociali.

iii) Le interazioni di natura contrattuale e consuetudinaria corrispondono alle forme che stabilizzano le aspettative reciproche a partire dalla stessa interazione tra i soggetti interessati allo scambio di beni e servizi o alla regolamentazione collettiva²¹⁹.

Quanto al contratto, esso definisce i diritti e i doveri dei *partners* consacrati in un accordo legittimato dalla loro stessa volontà. Esso rappresenta il modo attraverso il quale le parti, alla ricerca del soddisfacimento di un bisogno, perseguono il proprio benessere attraverso lo scambio. Ecco perché la forma contrattuale può anche

²¹⁸ LON L. FULLER, *Mediation – Its Forms and Functions*, in “Southern California Law Review”, 44(2), 1971, pp. 305–339, ripubblicato in ID., *The Principles of Social Order*, cit., pp. 141–173.

²¹⁹ LON L. FULLER, *The Role of Contract*, cit., pp. 193–194.

riferirsi, in senso più ampio, alla negoziazione²²⁰. Le condizioni ottimali per l'efficacia del contratto sono: a) la libertà di stabilire le condizioni contrattuali; b) la conoscenza dei reciproci bisogni ed aspettative; c) la contestuale stabilità economica e politica; d) l'equidistanza tra le parti che non devono essere né troppo ostili, né troppo intime; e) la simmetria informativa; f) il contenuto come il risultato autentico dell'accordo, senza alcuna imposizione di una sola parte. Queste condizioni delineano la "distanza sociale ottimale" tra le parti, la cui interazione è di tipo orizzontale²²¹.

Anche la relazione consuetudinaria realizza, come il contratto, la reciprocità. Tale forma è analizzata in *Human Interaction and the Law* (1977)²²². Si tratta di un processo di formazione tacita delle regole giuridiche la cui legittimità si fonda: a) sul bisogno comune di condividere la regolamentazione delle condotte; b) sulla autodeterminazione; c) sul consenso diffuso; d) sulle preferenze collettive²²³.

iv) Infine, la legislazione. Questa si identifica con lo spazio della sovranità su cui viene esercitato il potere, legittimato (ed al contempo limitato) dalla maggioranza dei consociati. La legislazione, infatti,

²²⁰ LON L. FULLER, *The Problems of Jurisprudence*, cit., p. 710.

²²¹ Nel saggio del 1949, *Consideration and Forms*, cit., pp. 800–801, Fuller sostiene che i contratti hanno funzione probatoria (attestano cioè l'esistenza e lo scopo del contratto), preventiva (scoraggiano l'inadempimento) e di efficacia del piano concordato.

²²² LON L. FULLER, *Human Interaction and the Law*, in "American Journal of Jurisprudence", 14, pp. 1–35, parzialmente ripubblicato in "Sociological Inquiry", 47, 1977, pp. 59–91, ed oggi in ID., *The Principles of Social Order*, cit., pp. 231–266.

²²³ LON L. FULLER, *Legal Fictions*, cit., p. 79.

non si impone, come fa la direzione manageriale, ma fornisce la struttura che consente agli uomini liberi di organizzare la loro vita in comune, senza che il legislatore imponga fini specifici. Dunque, il diritto pianificato o *enacted law* non si riduce a mero strumento, ma è un facilitatore straordinario di relazioni intersoggettive²²⁴.

Nel saggio *Human Interaction and the Law* (1977) Fuller individua le seguenti finalità della legislazione: a) imporre limiti che gli individui devono osservare nella loro interazione reciproca per realizzare i loro fini personali; b) imporre regole che permettano il controllo sociale come accade nel diritto penale²²⁵. A ben vedere si tratta di una legislazione di livello minimo e che si differenzia dalla interazione contrattuale e di costume in quanto deriva da organi eletti per questa funzione. Ecco perché la legislazione, nella visione fulleriana, non è uno strumento di controllo sociale. Appare piuttosto, quale impresa o attività cooperativa, una “condizione di felicità” [*felicity condition*], per dirla con Austin²²⁶, della reciprocità sussistente tra i membri della società e tra questi e chi produce le norme²²⁷.

²²⁴ LON L. FULLER, *Human Interaction and the Law*, cit., p. 20.

²²⁵ *Ivi*, p. 1.

²²⁶ Come già visto nel capitolo introduttivo, gli articoli che hanno dato vita al famoso dibattito sono pubblicati in “Harvard Law Review” e cioè HERBERT L.A. HART, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, cit., e LON L. FULLER, *Positivism and Fidelity to Law*, cit.

²²⁷ Il diritto definito come “impresa” sarebbe molto simile, a parere di Perry Meyer, alla definizione di diritto come “processo di decisione autoritativa” proposta da Myres McDougal. Cfr. PERRY MEYER, *The Morality of Law*, by Lon L. Fuller, Book Review, in “McGill Law Journal”, 10(4), 1964, p. 382. Sulla stessa linea, JEREMY WALDRON, *Positivism and Legality: Hart’s Equivocal Response to Fuller*, in “New York University Law Review”, 83, 2008, p. 1167.

3.3. Tra tutte le forme di ordine sociale, un posto del tutto peculiare è occupato dalla “direzione manageriale”. Tale è l’emanazione autoritaria di direttive nei confronti di subordinati, secondo compiti e fini stabiliti da un superiore. Coincidono con essa, in maniera più o meno simbolica, non solo il dispotismo, ma anche differenti tipi di autorità societaria e di regolazione burocratica, inclusa la riallocazione amministrativa di beni. A differenza della legislazione fondata essenzialmente sull’autonomia dei cittadini, la direzione manageriale opera in una struttura strettamente gerarchica, ed è apprezzata quando l’efficienza è messa al primo posto.

Fuller se ne occupa in alcuni scritti, come *Irrigation and Tyranny* (1965), ma le questioni teoriche e le relative implicazioni emergono a partire dal famoso dibattito con Hart del 1958²²⁸. Già tale disputa è interessante, perché, dal raffronto con la *managerial direction*, sostenuta nettamente da Hart²²⁹, è possibile non solo scorgere i fondamenti della specifica moralità procedurale del diritto, ma anche chiarire meglio i principî dell’ordine sociale.

²²⁸ I cui argomenti sono sostanzialmente ripresi da altri critici a cui il filosofo texano replicherà nel capitolo aggiunto alla seconda edizione de *La Moralità del diritto*, intitolato, per l’appunto, *Una replica ai critici*.

²²⁹ In *La moralità del diritto*, cit., pp. 270–277, Fuller afferma che la tesi di Hart si basi sul modello manageriale che vede la forza del diritto non tanto nella minaccia della sanzione (come in Kelsen e Austin), ma sull’accettazione del diritto da parte dei soli governanti. Tuttavia, la direzione manageriale si differenzia dal diritto in quanto solo con quest’ultimo si realizza l’impegno autentico di conformarsi alle norme sulla base della reciprocità che caratterizza le azioni di soggetti responsabili.

Due i passaggi. Il primo si sviluppa, *ex negativo*, dalla comparazione con la prospettiva del legislatore, poiché non è difficile confonderla con quella manageriale. Il secondo si confronta con le posizioni giuspositivistiche soprattutto di Hart che sembrano scambiare il diritto con la direzione manageriale.

3.3.1. Partiamo dal legislatore. L'allegoria migliore è quella della parabola discendente di *Rex*²³⁰, il sovrano che violando ogni condizione procedurale del diritto, fallisce del tutto nel fare le leggi. Non c'è regola che *Rex* rispetti. Non si attiene al principio della generalità delle norme; non le rende conoscibili ai destinatari; fa uso distorto della legislazione retroattiva; emana leggi incomprensibili, contraddittorie o impossibili da rispettare; modifica frequentemente le norme così da impedire ai destinatari di orientarsi; infine, viola costantemente la congruenza tra gli atti ufficiali e la legge.

Il problema maggiore è la fonte del diritto, il problema di *chi* può fare le leggi, alla luce della separazione tra lo sforzo di fare le leggi e le leggi stesse²³¹. Non è una questione semplicemente conoscitiva, ma fondazionale, con cui ci si interroga sul *rule of law* come principio di eguaglianza di fronte al diritto che limita il potere (sia dei

²³⁰ Come visto, *Rex* è il protagonista dell'opera di LON L. FULLER, *La moralità del diritto*, cit., introdotto nel secondo capitolo (*La morale che rende possibile il diritto*) al fine di individuare le otto condizioni di moralità intrinseca del diritto.

²³¹ Premessa, questa, centrale nell'opera *The Morality of Law*. Già dalle prime citazioni emerge subito un primo aspetto importante messo ben in evidenza da JENNIFER NADLER, *Hart, Fuller, and the Connection Between Law and Justice*, cit., pp. 1-34: «[...] adopting the perspective of the lawgiver was a rhetorical strategy of Fuller's, for that was an attempt to refuse the positivist theory on its own terms».

governanti, sia dei governati) e scopre il fondamento umano del diritto. È questo il senso del “diritto naturale procedurale” capace di distinguere il diritto dal non-diritto, e soprattutto in grado di allontanare l’esperienza giuridica dal pericolo di una mostruosa deriva efficientistica. Non è difficile, infatti, ridurre l’attività giuridica ad una direzione manageriale, confondendo, cioè, la prospettiva del legislatore con quella semplicemente di un *manager*.

Adottare il punto di vista del legislatore significa in sostanza partire *ex negativo* dalla visuale del non-legislatore. Qual è la differenza?

Va detto, intanto, che il diritto e la direzione manageriale hanno alcune caratteristiche comuni. Entrambi, infatti, orientano in generale l’attività e le decisioni umane. Dove, allora, differiscono? Nel contesto manageriale ci si limita a seguire gli scopi stabiliti dal superiore in virtù del rapporto gerarchico che subordina i dipendenti al superiore. Nel diritto le cose stanno diversamente. Il legislatore semplicemente orienta la condotta dei destinatari presumendo di servire fini sociali. Nel primo caso le direttive legano direttamente, in senso verticale, il subordinato al *manager*; nel secondo, invece, le regole disciplinano i rapporti fra cittadini, e, solo indirettamente, le relazioni con l’autorità. Alcune differenze investono anche i principî procedurali del diritto. La *direzione manageriale* ha certamente bisogno di pubblicità, di chiarezza delle proprie direttive, della loro non mutevolezza e coerenza; non le serve affatto, però, il confronto con la generalità, dal momento che i suoi ordini hanno per oggetto

solo interessi particolari; perdono, altresì, d'importanza il criterio di “congruenza tra azione ufficiale e norma dichiarata”, insieme al valore della retroattività delle norme, dal momento che il *manager* ha la possibilità di attuare sempre nel presente il suo interesse²³².

La relazione manageriale è una forma di controllo delle condotte come “proiezione unidirezionale dell'autorità”. In tal senso, non è altro che uno strumento efficiente per realizzare l'interesse esclusivo di chi comanda. L'uomo non è mai fine *in sé*, ma solo mezzo per i fini di chi è gerarchicamente superiore²³³. Viene meno completamente la regola fondamentale di *reciprocità* fra chi decide e chi vi è subordinato. All'opposto di ciò che accade per il diritto²³⁴.

Il senso della giuridicità, infatti, consiste nel riconoscimento del valore della legge da parte dei destinatari, e, quindi, in un rapporto di obbedienza che non è fondato semplicemente sulla forza. Il diritto, in altre parole, disciplina le relazioni fra i destinatari della norma, e per essere efficace crea un ordine sociale che mette al centro il valore della persona. È il vero presupposto del “potere legittimato”.

²³² Cfr. LON L. FULLER, *Anatomy of the Law*, cit., pp. 14–15. Infatti, secondo Fuller, ci sono casi in cui la retroattività è utile per correggere la non correttezza delle disposizioni.

²³³ Cfr. KRISTEN RUNDLE, *op. cit.*, p. 49.

²³⁴ Cfr. LON L. FULLER, *Re 'Anarchism' of My Views, The Papers of Lon L. Fuller*, in “Harvard Law School Library”, Box 10, Folder 12, documento non datato, illuminante per la distinzione delle due dimensioni: «If we think of law after model of military command or managerial direction, then to accomplish the task set by the commander, the subjects must obey and this duty of obedience derives from the fact that someone must be in command, from the fact that all must pursue effectively a single general goal. But if ‘law’ serves to organize men’s interactions with one another, then the moral force of law lies, not in that it comes from above as a command directed toward some ‘social’ goal, but from its necessity as an organizing principle of men’s interrelations».

3.3.2. Accanto a queste prime osservazioni si colloca poi l'ultradecennale dibattito, anche epistolare, tra Fuller e Hart²³⁵. Molti sono gli spunti di riflessione²³⁶. Il confronto verte fundamentalmente su due tesi: a) la connessione tra diritto e morale non è solo necessaria, ma è parte integrante del concetto di diritto; b) vi sono canoni morali di tipo procedurale che non implicano direttamente valutazioni sostanzialistiche²³⁷.

Sotto il primo profilo, l'indagine di Fuller muove dalla considerazione che il diritto costituisce un fatto dell'esperienza umana oscillante a mo' di pendolo tra due estremi: da un lato la "morale del dovere", e, dall'altro, la "morale dell'intenzionalità". Le due morali sono *interne o intrinseche* all'idea stessa di diritto e come tali necessarie.

Sotto il secondo profilo, Fuller elabora una visione del diritto di natura procedurale (ma guardandosi bene dal cadere nella fallacia formalistica) che rimane comunque legata allo scopo umano del diritto secondo mezzi che meglio permettono a quest'ultimo di realizzarsi. La "dimensione morale delle procedure", in altre parole, somiglia al lavoro di un carpentiere che costruisce conoscendo già la

²³⁵ A riportare alla luce le epistole di Fuller è il lavoro di KRISTEN RUNDLE, *op. cit.*

²³⁶ Le parole di Lon Fuller ben rappresentano l'importanza di un tale interrogativo: «[...] I believe that law is not a datum, but an achievement that needs ever to be renewed, and that cannot be renewed unless we understand the springs from which its strength derives.». Pertanto, per conoscere il diritto occorre comprendere i fondamenti dai quali deriva la sua forza. Cfr. LON L. FULLER, *American Legal Philosophy*, cit., pp. 457-477.

²³⁷ Le tesi della discordia sono così riportate da ANDREA PORCIELLO, *Principi dell'ordine sociale*, cit., p. 137.

direzione e la funzione del suo agire: ogni suo gesto è prodromico e funzionale rispetto agli altri; non è mai un semplice atto.

A porre alcune questioni importanti è, fra gli altri, Hart nel saggio del 1958 dal titolo *Positivism and the Separation of Law and Moral*, scritto per ribattere alle tesi di Fuller in *Human Purpose and Natural Law*, apparso qualche anno prima nel 1956. Fuller vi risponde in *Positivism and the Fidelity to Law*, pubblicato nel 1958 e nel medesimo numero (è il n. 71) della “Harvard Law Review”²³⁸.

La discussione ha origine dalla sentenza di condanna dell’*Oberlansgericht* di Bamberg pronunciata nella Germania post-nazista contro alcune donne che, nel rispetto della legislazione hitleriana, avevano denunciato i propri mariti per le loro critiche in privato al regime. Un vero pretesto per sbarazzarsi dei mariti, avendo rapporti extraconiugali con altri uomini. Si tratta del famoso “problema dell’astioso delatore” [*Case of the Grudge Informer*]. Tema concepito, peraltro, come base di discussione del suo corso di filosofia del diritto. Al centro della disputa vi era la questione della validità delle leggi naziste²³⁹.

²³⁸ Per un’interessante presentazione delle figure dei due tra i più grandi teorici del diritto del XX secolo, rinvio a NICOLA LACEY, *Out of the ‘Witches’ Cauldron? Reinterpreting the Context and Reassessing the Significance of the Hart-Fuller Debate*, in PETER CANE (ed.), *op. cit.*, 2010, pp. 1–42. Per comprendere appieno il dibattito, non si può non menzionare il saggio di LON L. FULLER, *Human Purpose and Natural Law*, cit., pp. 697–705, anche in ID., *Human Purpose and Natural Law*, cit., pp. 68–76 su cui si tornerà alla fine del capitolo.

²³⁹ La sentenza dell’*Oberlansgericht* di Bamberg, del 1949, aveva condannato una donna per aver denunciato il marito a seguito dell’asserita violazione di una legge nazista del 1934. Invero, nel 1951, nella rivista della “Harvard Law Review”, venne messa in dubbio la veridicità del caso oggetto del famoso dibattito in quanto quella sentenza non si sarebbe affatto occupata della questione della validità della legge

Il caso oggetto del dibattito mostra la peculiarità e l'originalità, oltre che la diversità di metodo, delle tesi con cui Fuller prende le distanze sia dai giudici dei Tribunali della Germania post-nazista e post-comunista, sia (come si vedrà) da Hart. Punto di partenza è la verifica di condizioni per così dire *a priori* di validità delle leggi, indipendentemente da considerazioni di carattere meta-etico. Per Fuller la moralità del diritto è riscontrabile già a livello della sua struttura. Il diritto ha una struttura in sé morale²⁴⁰. Di qui gli otto principi procedurali indispensabili alla vita di ogni sistema giuridico. Non è, dunque, in discussione il contenuto immorale della legge nazista sulla delazione (comunque bollata come una “mostruosità legislativa”). Era questa, tra l'altro, la posizione di Gustav Radbruch, (sfociata nella nota “formula” del 1946²⁴¹), al centro del dibattito

nazista. Nel caso di specie, infatti e contrariamente a quanto prospettato dai due giusfilosofi, la Corte d'appello non avrebbe considerato invalida quella legge, pur reputando accettabile la tesi secondo cui una legge che contrasti con il diritto naturale possa essere astrattamente invalida. La condanna, in effetti, si basava sul semplice fatto che la donna avesse causato, senza necessità, la perdita di libertà del marito. Comportamento, questo, che secondo la Corte era «contrario alla sana coscienza e al senso di giustizia di qualsiasi uomo onesto». Nonostante il fatto storico come narrato da Hart e Fuller non corrispondesse alla realtà, si riconobbe in ogni caso la valenza teorica degli argomenti addotti dai due giusfilosofi. I termini della questione sono riportati da OLIVER H. PAPPE, *On the Validity of Judicial Decisions in the Nazi era*, in “Modern Law Review”, 23, 3, 1960, pp. 260–274, mentre la veridicità del racconto veniva messa in discussione in un articolo del 1951 apparso nel volume n. 64 della “Harvard Law Review” (p. 1005).

²⁴⁰ ANDREA PORCIELLO, *L'idea dell'implicit law*, cit., *passim*.

²⁴¹ GUSTAV RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, cit., pp. 105–108. Secondo la nota “formula di Radbruch”, l'eventuale conflitto tra il valore della giustizia e quello della certezza si può risolvere in favore del diritto positivo fino a che la legge positiva non raggiunga un certo grado di intollerabilità tale da rendere inevitabile la prevalenza della giustizia. In particolare, quando la legge positiva nega l'eguaglianza che costituisce il nucleo stesso della giustizia, allora si è dinanzi non solo ad un “torto legale” (l'espressione di Radbruch è: “*gesetzliches*

filosofico-giuridico nella seconda metà del Novecento. La questione per Fuller si risolve tutta, invece, nell'infedeltà di quelle leggi ai criteri fondamentali di una morale procedurale del diritto²⁴².

La tesi di Hart è opposta. Proprio sullo stesso caso non esita ad affermare che «le leggi, per quanto moralmente inique, continuano ad essere leggi»²⁴³ e, nonostante riconosca «forme minime di protezione delle persone e della proprietà», riduce il concetto di diritto a una questione soltanto formale; ribadisce la netta distinzione tra il diritto *as it is* e il diritto *as it ought to be* e, quindi, la separazione tra diritto e morale (distinzione che, secondo il filosofo inglese, aiuterebbe senz'altro ad evitare la deriva anarchica o reazionaria di quanti si trovano a decidere se obbedire o meno alla legge); considera la retroattività delle leggi promulgate dopo la caduta del nazismo come un fatto eccezionale che non si giustifica completamente, dal momento che «nel giudicare quelle donne si aveva da scegliere fra due mali, quello di lasciarle impunte e quello di sacrificare un prezioso principio di moralità consacrato dalla maggior parte dei sistemi giuridici»; sostiene, infine, che la condanna di chi abbia

Unrecht”) e cioè ad una legge ingiusta, ma anche al non-diritto e cioè ad una legge che non può dirsi nemmeno valida.

²⁴² Sulle somiglianze e differenze tra il non-positivismo di Fuller e quello di Radbruch, SAMUEL PAULSON, *Lon L. Fuller, Gustav Radbruch and the “Positivist” Theses*, cit., pp. 313–359. Secondo Paulson (vedi p. 314), la critica di Fuller al giuspositivismo è diversa da quella di Radbruch in quanto quest'ultimo pone attenzione al positivismo giuridico nel periodo del nazismo (ciò che egli chiama *exoneration thesis*), mentre Fuller è interessato al giuspositivismo della Repubblica di Weimar (quello che Paulson chiama *causal thesis*).

²⁴³ HERBERT L.A. HART, *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, cit., pp. 48–79.

obbedito a leggi ingiuste rientra in un dilemma morale e non giuridico²⁴⁴.

Su questo terreno, Hart muove diverse obiezioni alla riflessione di Fuller. La critica più incisiva concerne il nesso necessario tra moralità *interna* o procedurale del diritto, e moralità *esterna* del diritto, fondata sul bene comune e la giustizia²⁴⁵. Secondo Hart, nulla vieta che i principî di moralità interna possano essere compatibili anche con l'ingiustizia, sicché non vi sarebbe una connessione diretta, né necessaria, tra le due morali²⁴⁶. 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 inaccettabili²⁴⁷.

²⁴⁴ Cfr. HERBERT L.A. HART, *Positivism and the Separation*, cit., pp. 593–529; ID., *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 1965, p. 241. Fa notare ALESSANDRO DAL BROLLO, *op. cit.*, p. 49, che lo stesso Hart riconduce la irretroattività delle leggi ad un principio di moralità che, in una visione empirica, precisa essere consacrato alla maggior parte dei sistemi di diritto. Sulla stessa linea anche ALESSANDRA SCIURBA, *op. cit.*, p. 736.

²⁴⁵ Non si può trascurare che in *The Concept of Law*, Hart riconoscerà le buone ragioni per dare un posto importante al tema della giustizia nell'analisi critica delle disposizioni giuridiche che, tuttavia, riduce al principio generale secondo cui «gli individui hanno ciascuno il diritto di essere posti in una condizione relativa di uguaglianza o di ineguaglianza» e riconosce un «contenuto minimo di diritto naturale» che si articola in cinque regole morali in grado di perseguire lo scopo elementare della sopravvivenza che sono: la vulnerabilità umana, l'uguaglianza approssimativa, l'altruismo limitato, le risorse limitate, la comprensione e la forza di volontà limitate. Cfr. HERBERT L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., pp. 216–232. Punto, questo, che tuttavia non porta mai Hart a considerare invalida una norma giuridica ingiusta. Anzi, nel distinguere un concetto ampio ed uno stretto di diritto, si schiera in favore del primo che guarda alla validità formale di norme poste e che quindi include nel diritto anche le norme inique. *Ivi*, pp. 241–246.

²⁴⁶ *Ivi*, p. 241.

²⁴⁷ Cfr. HERBERT L.A. HART, *Book Reviews - The Morality of Law by Lon L. Fuller*, in “*Harvard Law Review*”, 78(6), 1965, pp. 1281–1310, in particolare pp. 1287 ss.: «[...] The principle that laws must be clearly and intelligibly framed is

Sarebbe inesatto sostenere una radicale opposizione fra Fuller e Hart. D'altronde, non manca affatto in Hart l'idea di un "minimo etico" del diritto. Emerge con il problema dell'esistenza necessaria di zone d'ombra nell'interpretazione giuridica (ove addirittura diritto e morale sembrano intersecarsi), e soprattutto con la "norma di riconoscimento" secondo cui il potere delle norme secondarie deriva dalla loro accettazione da parte dei destinatari²⁴⁸. Hart, tuttavia, non rinuncia alla tesi della "Grande Divisione" tra ciò che è e ciò che *deve essere*²⁴⁹. Infatti, l'hartiana "norma di riconoscimento" non va oltre

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.».

²⁴⁸ Come è noto, secondo Hart, il diritto è la combinazione tra norme primarie, che disciplinano la condotta dei cittadini, e norme secondarie attributive di poteri e che disciplinano il processo di creazione delle norme. La validità delle norme secondarie dipende a sua volta dalla validità di norme secondarie superiori sino ad arrivare alla norma di riconoscimento che, a differenza della *Grundnorm* di Kelsen (che è un presupposto logico), è un fatto oggettivo proprio di una certa comunità. Cfr. HEBERT L.A. HART, *Positivism and the Separation of Law*, cit., pp. 624–629. La *norma di riconoscimento* è, dunque, una norma secondaria insieme a quelle di *mutamento* e di *giudizio*. Quella di riconoscimento ci mette nelle condizioni di identificare e riconoscere ciò che è diritto da ciò che non lo è sotto il profilo della validità. La norma di riconoscimento ha un proprio *status* rispetto a quelle di mutamento e di giudizio proprio perché ambisce ad eliminare l'incertezza sulla validità. Ad esempio, la norma che attribuisce al giudice il potere di decidere non solo attribuisce un potere, ma riconosce la validità della decisione, perché mette in condizione i consociati di identificare la sentenza e l'autorità da cui promana. Lo stesso meccanismo, secondo Hart, sarebbe alla base delle norme di mutamento che attribuiscono poteri privati e pubblici per introdurre dei mutamenti normativi nel sistema giuridico. Le norme di giudizio, infine, sono quelle che riguardano l'organizzazione dei tribunali ed hanno lo scopo di eliminare l'inefficienza. Le definizioni qui riportate sono in ALFONSO CATANIA, *op. cit.*, pp. 129–134 a cui si rinvia anche per le notazioni bibliografiche sul tema.

²⁴⁹ D'altronde lo stesso Hart ammette che alcune norme sono vincolanti non per la sanzione, ma per il carattere consuetudinario. Cfr. HEBERT L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., pp. 55 ss.

il dato empirico e non indaga sino in fondo le ragioni che portano i destinatari alla sua accettazione. I suoi criteri di validità restano perciò formalmente giuridici e mai di natura morale. Eppure, ci sono tutte le premesse per comprendere il riconoscimento della norma fondamentale come l'espressione naturale della dimensione relazionale e sociale dell'esperienza giuridica, proprio come in Fuller²⁵⁰.

A dividere non è tanto la tesi sul dovere di resistenza o meno alla legge (questione che in realtà viene pure sollevata da Hart), quanto quella, logicamente preliminare, sull'esistenza di norme necessariamente "invalidate" da leggi odiosamente ingiuste²⁵¹.

Per Fuller la validità giuridica è una questione sia di forma, sia anche "di grado" [*a matter of degree*]²⁵²: il grado di rispondenza, di fedeltà, alla moralità interna del diritto. È evidente, infatti, che non si assiste mai alla violazione di tutte le condizioni di moralità intrinseca del diritto. Anche il regima nazista, dal canto suo, ne rispetta alcune. Per questo, tra l'altro, nonostante le intollerabili aberrazioni di tale regime, ci poteva essere il dubbio sull'obbligatorietà di certe norme.

Il "diritto naturale procedurale" è, in altri termini, *morality of aspiration*. Non vi sono solo obblighi e sanzioni. Il diritto vive anche di meccanismi propositivi e premiali. Ci sono situazioni in cui è

²⁵⁰ LON L. FULLER, *Positivism and Fidelity*, cit., p. 641–643.

²⁵¹ È anche vero che Hart, premesso che le leggi riprovevoli integrino comunque diritto, non sostiene che le stesse debbano essere necessariamente osservate, ma sposta il problema della disobbedienza ad una *questione di coscienza* che, come tale, non può riguardare il diritto. Cfr. HEBERT L.A. HART, *Positivism and the Separation*, cit., p. 496.

²⁵² LON L. FULLER, *Positivism and Fidelity*, cit., p. 645.

persino necessario derogare ad uno o più di tali aspirazioni morali del diritto nell'ottica del bilanciamento e dell'equilibrio. Resterebbe, comunque, l'obbligo di fedeltà al diritto²⁵³.

La realtà giuridica è, dunque, necessariamente sfumata e senza confini ben delineati²⁵⁴. La legalità non è semplicistica deferenza all'autorità, come è accaduto nel caso dell'*apartheid* sudafricano. La legalità ha bisogno, al contrario, di riconoscimento e collaborazione da parte dei destinatari: essa non è tanto o solo l'esistenza della legge nella testa del legislatore, ma ha bisogno della validità da parte dei destinatari ("*Existentialgeltung auf Seiten der Sollensadressaten*" per dirla con Gerhard Ledig)²⁵⁵. Il presupposto è la reciprocità. Il titolare di un diritto potrà trovarsi nella posizione di chi ha il dovere corrispondente, e viceversa. È la regola che distingue in sostanza il sistema giuridico da uno delinquenziale²⁵⁶.

Ma qual è lo scopo? Per Fuller il fine delle aspirazioni umane non è la semplice "sopravvivenza", come sostenuto da Hart²⁵⁷. Esso consiste, semmai, nel bisogno di comunicare alla base di ogni relazione umana, bisogno che si alimenta con la capacità degli uomini di trasmettere gli uni agli altri ciò che percepiscono, sentono,

²⁵³ Sul punto, si veda LON L. FULLER, *La moralità del diritto*, cit., p. 64.

²⁵⁴ *Ivi*, pp. 172–173.

²⁵⁵ L'espressione è di GERHARD LEDIG, *Zur Logik des Sollens*, in «Der Gerichtssaal», 100, 1931, pp. 368–385.

²⁵⁶ Stando a COLLEEN MURPHY, *Lon Fuller and the Moral Value of the Rule of Law*, cit.: «The fullerian rule of law framework [...] thus provides a new perspective on why certain immoral behaviour are damaging, not only to the individuals concerned, but to the fabric of trust and reciprocity that underlines healthy political relationship».

²⁵⁷ HERBERT L.A. HART, *Positivism and the Separation*, cit., pp. 593 ss.

desiderano²⁵⁸. Il diritto non fa altro che realizzare tale bisogno, permettendo agli uomini di vivere e lavorare insieme con successo²⁵⁹.

In scia con la sua polemica sull'inadeguatezza dei principi formali a delineare il carattere *in sé* morale dell'esperienza giuridica²⁶⁰, Hart critica dal canto suo ogni visione finalistica della società. Il concetto di scopo rischia insomma di rendere cieca la teoria²⁶¹. Non basta cioè dire che il diritto sia un'impresa con una finalità ben precisa per dichiarare il carattere intrinsecamente morale del diritto.

Proprio a partire da questi interrogativi, Fuller presenta nel 1969 *Una replica ai critici*. Nel frattempo, in una lettera privata, chiede allo stesso Hart come mai le sue interpretazioni abbiano omissso il riferimento al “*sense of trusteeship*” e abbiano considerato solamente l'espressione “*pride of craftsman*”²⁶². Così, a parere di Fuller, Hart

²⁵⁸ In questo senso, LON L. FULLER, *Positivism and Fidelity*, cit., pp. 630–654; ID., *La moralità del diritto*, cit., pp. 237, 239.

²⁵⁹ LON L. FULLER, *La moralità del diritto*, pp. 237, 239. In questo senso si può dire che un'analisi analoga, anche se con maggiori approfondimenti, si può rinvenire nello studio delle forme coesistenziali (integrative includenti ed escludenti) in Sergio Cotta, tra cui figura il diritto. Si veda in particolare, SERGIO COTTA, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 113 e ID., *Il diritto nell'esistenza*, cit., in particolare il capitolo III “Il sorgere del diritto nella coscienza” pp. 41–64.

²⁶⁰ Cfr. HEBERT L.A. HART, *Book Reviews*, cit., p. 1286: «Poisoning is no doubt a purposive activity, and reflections on its purpose may show that it has its internal principles. [...] But to call these principles of the poisoner's art 'the morality of poisoning' would simply blur the distinction between the notion of efficiency for a purpose and those final judgment about activities and purposes with which morality in its various forms is concerned».

²⁶¹ *Ivi*, p. 1296.

²⁶² Cfr. LON L. FULLER, *Letter from Lon L. Fuller to H.L.A. Hart, 3 February 1965*, *The Papers of Lon L. Fuller*, in “Harvard Law School Library”, Box 3, Folder 14 (Correspondence). Ma sul punto si veda anche la lettera a Philip Selznick, LON L. FULLER, *Letter from Lon L. Fuller to Philip Selznick, 18 August 1965*, *The Papers of Lon L. Fuller*, in “Harvard Law School Library”, Box 7, Folder 6

avrebbe ricondotto gli otto principî di moralità del diritto al solo “*pride of craftsman*” (e cioè ad una visione solamente efficientistica delle norme), trascurando il “*sense of trusteeship*”. Di qui il suo errore. In ultima analisi, la mancanza di reciproca fiducia delle relazioni in un ordine sociale corrisponde all’esistenza di leggi che perseguono interessi soltanto particolari, finendo per violare la stessa dignità umana su cui ogni ordine sociale è costruito. È ciò che è accaduto tragicamente con le leggi razziali.

I due grandi errori del giuspositivismo consisterebbero, secondo Fuller, in una duplice indifferenza epistemologica: da un lato relativamente a ciò che oppone l’esistenza alla non esistenza del diritto, e, dall’altro, sul ruolo che le regole giuridiche possono avere

(Correspondence): «[...] in one passage of my book I speak of an ‘appeal to a sense of trusteeship and the pride of the craftsman.’ In his review of my book H. L. A. H. cuts out the reference to trusteeship, and uses my reference to ‘the pride of the craftsman’ as a kind of admission by me that the whole thing is a matter of ‘efficacy’». Nella stessa lettera continua osservando: «A model I have used in debates recently is this: ‘A traffic cop stands in his box in the middle of a busy intersection. He is, as it were, a minor legislator. He can do his job badly: he can give ambiguous signals, he can make it uncertain while he talks with a friend whether he is still giving signals or has temporarily resigned from his job, his signals may be changed so fast no one can follow them, they may be ambiguous, etc. Now here is a certain kind of failure. Is it moral? Certainly if he is an imbecile who has no idea of the implications of his actions we can excuse him from moral censure. But if he is just plain sloppy and indifferent, surely we need some way of condemning him that has a least a ‘moral’ flavor. Some of my critics seem to say that a moral question would be presented only if the cop were giving ambiguous signals for a bad end, such as causing an accident that would injure an enemy. They seem to reject anything like a procedural or institutional morality. I would say the sloppy cop is injuring an institution which consists in a cluster of reciprocal expectations between motorists and cops. [...]. The cop’s sloppiness injures not only the institution represented by himself and his uniform and box, but also the extension of that institution to the next street corner, where the conscientious cop may have his efforts partially nullified by a carryover of confusion’».

rispetto al senso morale dell'agire umano. Quest'ultimo aspetto, a dire il vero, è particolarmente rilevante. Il diritto non ha una semplice funzione *manageriale* fatta di ordini indiscussi di chi comanda; semmai considera, al contrario, le necessità sociali, i bisogni e le volontà dell'intera comunità²⁶³. La sua moralità alla fine è proprio questa.

Dal canto suo, Hart sembra ignorare del tutto la centralità della comunanza di scopi [*intentments*] fra governanti e governati. D'altronde, se le leggi venissero sistematicamente violate dai governanti, non vi sarebbe più ragione di rispettarle, né avrebbe più senso la “fedeltà al diritto” [*fidelity to law*]²⁶⁴. Il punto centrale,

²⁶³ Cfr. LON L. FULLER, *The Morality of Law*, cit., p. 207. Occorre evidenziare quest'ulteriore profilo relativo al confronto tra diritto e *direzione manageriale*: al di là delle facili critiche che si possono muovere a questa comparazione tra il sistema giuridico e quello *manageriale*, legate ad una sopravvalutazione che Fuller fa degli specifici punti di distanza tra i due ordini, Postema scrive che: «the essential difference lies not in the content of the specific ends or purposes that may be served in complying with directives, but rather in the relations among the directives, the directive-givers, and the directive-appliers or directive-followers». Cfr. GERALD J. POSTEMA, *Implicit Law*, cit., pp. 361–387, in particolare p. 385. Un commento simile allo stesso passo di Fuller è quello della Nadler, la quale riprende il concetto fulleriano di reciprocità, integrandolo con quello di “*equivalence*”. Cfr. JENNIFER NADLER, *Hart, Fuller and the Connection Between Law and Justice*, cit., p. 26.

²⁶⁴ Vedi RONALD DWORKIN, *The Elusive Morality of Law*, in “Villanova Law Review”, 10(4), 1965, pp. 631–639, in particolare p. 637; in questo scritto si afferma, tra l'altro, che non ci sarebbe nulla di immorale in una legge formalmente incoerente. Anche Marshall Cohen sarà dello stesso avviso. LON L. FULLER, *A Reply to Professor's Cohen and Dworkin*, cit., pp. 655–666, specialmente p. 600, mantiene la sua linea difensiva sostenendo che se si affermasse solo il principio di autorità nella produzione della legge, verrebbe meno quella interazione tra legislatore e cittadino indispensabile al senso morale di obbedienza alla legge. Il cittadino, infatti, sente il dovere morale di obbedire alla legge solo se il legislatore mantiene l'obbligo morale di rispettare gli interessi degli stessi cittadini nell'attuazione di una piena reciprocità verticale.

allora, è il significato di reciprocità del diritto, in direzione opposta al rapporto giuridico in favore unicamente di chi detiene il potere. A guadagnarci è la stabilità stessa delle leggi e dell'ordine sociale.

Si spiega così il valore molare di fare le leggi [*morality of lawing*]: le patologie della legislazione non sono tanto sui contenuti, ma sulle forme delle decisioni e delle azioni giuridiche in genere²⁶⁵.

Sono le premesse inconciliabili²⁶⁶. La riduzione hartiana dell'ordine giuridico alla validità formale non può comprendere in alcun modo la questione morale sollevata da Fuller²⁶⁷. V'è di più.

²⁶⁵ È questa la lettura che emerge nello studio di KRISTEN A. RUNDLE, *op. cit.*, p. 62. Si veda anche LON L. FULLER, *Positivism and Fidelity to Law*, cit., pp. 630–672.

²⁶⁶ Secondo molti critici, ad uscire vittorioso dal famoso dibattito tra Fuller ed Hart fu proprio quest'ultimo. Eppure, nell'*Introduzione a Essays in Jurisprudence and Philosophy* (1983), Hart stesso ammette di non aver posto sufficientemente attenzione su alcune forme di connessione tra diritto e morale, tra le quali cita anche gli *standards* di Fuller. In questo modo egli mostra un atteggiamento piuttosto oscillante ed ambiguo sul tema, probabilmente frutto di un certo “convenzionalismo flessibile”, soprattutto nel secondo Hart. Cfr. HEBERT L.A. HART, *Introduction a ID., Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, New York, 1983, pp. 8–9. Cfr. Anche BRUNO CELANO, *Giusnaturalismo, positivismo giuridico e pluralismo etico*, in “Materiali per una storia della cultura giuridica”, 1, 2005, pp. 161–184. Di “convenzionalismo flessibile” di Hart ne parla ALDO SCHIAVELLO, *Diritto come integrità: incubo o nobile sogno? Saggio su Ronald Dworkin*, Giappichelli, Torino, 1997, pp. 158–159.

²⁶⁷ Sul punto, ALESSANDRO DAL BROLLO, *op. cit.*, pp. 55–56: «[...] non crediamo che possa comprendere il pensiero di Fuller chiunque, come Hart, riducendo il problema dell'ordine giuridico a quello della sua validità formale, veda come radicalmente ‘altro’ il problema della critica morale di quell'ordine stesso; chiunque individui dunque gli unici postulati non formali di un ordine giuridico in quanto espressioni di scelte di valore comunque di per sé non giuridiche, ed operate per di più in un mondo di concezioni filosofiche e di ideali etici non solo diversi ed antagonisti ma tutti equivalentisi nella loro opinabilità; chiunque si muova in un orizzonte tale da non poter concepire quindi gli otto postulati di Fuller se non come le mere condizioni minime richieste dal buon funzionamento di ogni ordine giuridico (qualunque sia la sua moralità), piuttosto che delle esigenze morali (ed è

Hart non rinuncia mai a separare il diritto dalla morale (neanche nella fase di apertura del cosiddetto “normativismo realistico”)²⁶⁸, continuando ad affermare che la legge, anche se iniqua o ingiusta, rimane legge²⁶⁹. Spicca, in questo modo, la differenza di fondo. Secondo Fuller esistono condizioni di validità del diritto che sono al contempo di struttura e di funzione²⁷⁰. Ed è proprio alla funzione del

questa del resto l’argomentazione, già ricordata, di molti fra i critici del pensiero di Fuller)».

²⁶⁸ Come si è detto, si tratta dell’apertura di Hart verso valutazioni etiche del diritto. Anche il filosofo britannico ammette forme minime di protezione delle persone, della proprietà e delle promesse, distanziandosi dal giuspositivismo ortodosso per cui il diritto può avere qualsiasi contenuto purché promani da una autorità competente. C’è da dire che la definizione di “morale” elaborata da Hart, sembra vaga e, soprattutto, caratterizzata da storicismo e/o soggettivismo che sfocia nel relativismo. Quanto appena detto emerge dalla contrapposizione tra Hart e Fuller circa il caso giudiziario degli informatori nazisti in cui l’analisi di Fuller mostra tutta la sua originalità, ma, in particolare, la diversità di approccio e di metodo rispetto all’impostazione hartiana.

²⁶⁹ Alessandro Dal Brollo prospetta il confronto tra Hart e Fuller come un “dialogo tra sordi”, in quanto le posizioni teoriche di partenza tra i due sono completamente diverse. È lo stesso Hart che afferma, almeno inizialmente, la diversità di impostazione; ciononostante, non approfondendo tale aspetto, lo stesso pretenderebbe di confrontarsi con le tesi di Fuller. Quest’ultimo, invece, non cade in tale errore (come rivela nell’ultimo capitolo aggiuntivo rivolto ai detrattori del suo pensiero, probabilmente reso possibile per il limite speculativo del suo primo approccio). Sul dibattito tra Fuller e Hart, JOHN FINNIS, *Legge naturale e diritti naturali*, Giappichelli, Torino, 1996, p. XII, nt., scrive: «il famoso dibattito tra Hart e Fuller [...] si riduce ad una questione di sottigliezze costituzionali, di implicazioni puramente simboliche e di convenienza nel decidere i dettagli».

²⁷⁰ La considerazione fulleriana sulla funzione del diritto ci conduce all’analisi di regole funzionali di “validità sintattica”. Le regole di funzione possono essere alla base di atti giuridici ed investono molto da vicino anche la “validità sintattica”, ossia l’esistenza di norme in rapporto tra loro o in un ordinamento. Si veda al riguardo ANTONIO INCAMPO, *Filosofia del dovere giuridico*, cit., p. 136, il quale afferma: «La funzione costituisce un nocciolo decisivo della validità ordinamentale, al punto di fondare il senso di una *Grundnorm* diversa da quella di Kelsen». Ebbene, «la norma fondamentale à la Kelsen presuppone che il diritto sia strutturalmente un insieme di norme e basta». Non dice nulla della funzione, a differenza, ad esempio, del principio kantiano di “pubblicità” [*Publizität, Öffentlichkeit*] contenuto in *Zum ewigen Frieden*. Si noti che anche secondo Hart

diritto che è riconducibile la reciproca cooperazione fra *lawgiver* e *citizens*. La reciprocità, come si è detto, rappresenta una precisa linea di demarcazione tra diritto e *direzione manageriale*, giacché solo il diritto è in grado di costruire legittime aspettative sociali e di fiducia fra governanti e governati. La validità è davvero tale se è dalla parte del destinatario.

La questione, dunque, non è solo “Chi deve fare il diritto?”, ma investe tutti i sistemi di relazioni all’interno della società; guarda ai modi e ai limiti di un ordine sociale che possa definirsi davvero “legale”. Sarebbe, ad esempio, impensabile una norma del tipo: «Tutti i membri del Parlamento sono da un momento in poi liberati da ogni limitazione da parte di qualsiasi legge, e sono autorizzati a rubare, uccidere e violentare senza incorrere in sanzioni penali»²⁷¹. Nessuno al di fuori del Parlamento penserebbe mai di osservarla. L’assenza di ogni reciprocità fra governanti e governati vanifica ogni efficacia della legge, e, dunque, l’esistenza giuridica di quest’ultima.

si può comprendere l’ordinamento giuridico individuando sia la struttura, sia la funzione. Se da un lato la struttura consiste in un insieme di norme, dall’altro la funzione punta all’efficacia di queste ultime. La tesi di Fuller si concentra, dal canto suo, sulla dimensione procedurale del diritto. Come già evidenziato, il termine “*procedural*” indica non solo un sistema di norme volto a governare la condotta umana, ma anche i mezzi funzionali alla giustizia e, dunque, all’esistenza del diritto come valore. In tal senso, per Fuller la funzione spiega l’esistenza specifica del diritto.

²⁷¹ Cfr. LON L. FULLER, *La moralità del diritto*, cit., pp. 155–156. Fuller elabora altri esempi di norme impossibili legate alla formulazione appena presentata: «Ogni interferenza nelle azioni di tali persone è un crimine suscettibile di pena capitale», «Tutte le altre leggi di qualsiasi tipo sono abrogate», «Il Parlamento è disciolto per sempre». Sono esempi rilevanti in quanto il potere è legittimo e legittimato solo se rispetta gli otto requisiti della legalità, e non in base al principio democratico che Fuller contrasta.

In definitiva, secondo Fuller il legislatore non è un *manager* che si rivolge soltanto a subordinati o agenti privi di responsabilità²⁷²; se lo è, allora non è legislatore, poiché non produce diritto, ma una moltitudine di ordini particolari e autoritari, imposti dall'alto in virtù di un vincolo soltanto di soggezione, non già di reciprocità. Né il rapporto di mera subordinazione all'autorità è da confondersi con la "fedeltà al diritto".

3.4. Tutte le istituzioni sociali sostengono ed agevolano, con diversa intensità e grado di successo, l'autonomia e la responsabilità del soggetto²⁷³. Tra tutte, il diritto è l'istituzione che meglio realizza questo scopo. Esso, infatti, non guida semplicemente le azioni, ma le

²⁷² Si deve sottolineare come nelle lettere private di Fuller emerga un dubbio sulla correttezza, a proposito del ruolo del legislatore, del termine "*morality*", al posto del sostantivo "*ethos*"; quest'ultimo potrebbe, in effetti, catturare meglio l'idea che certe responsabilità sono relative a determinati ruoli. Cfr. LON L. FULLER, *Letter from Lon L. Fuller to Philip Selznick, 18 August 1965*, cit. ove il professore di Harvard scrive: «As for the use of the expression 'the internal morality of law' nothing hinges on the word 'morality'. I would settle for *ethos*, conscientious attitude, or trusteeship». Si veda anche LON L. FULLER, *Letter from Lon L. Fuller to Dorothy Emmet, 7 October 1966, The Papers of Lon L. Fuller*, in "Harvard Law School Library", Box 2, Folder 16 (Correspondence) «[...] one of my students made the interesting suggestion that if I could have called my book, instead of *The Morality of Law*, *The Morality of Lawing*, much of the misunderstanding might have been avoided. The word 'Law' calls to mind books lying inertly on selve, and of course bound pieces of paper are amoral. 'Lawing', on the other hand, would call to mind people in interaction with one another, and that picture in turn would suggest reciprocal responsibilities in the interaction is to proceed properly».

²⁷³ Cfr. LON L. FULLER, *Freedom: A Suggested Analysis*, cit., pp. 1305–1307, in cui l'agente responsabile è una persona capace di azioni finalizzate («*capable of purposive action*»), ovvero un uomo che ha obiettivi e capacità per realizzarli e che inquadra se stesso come fine. Ecco che in questo modo è giustificata la definizione morale degli otto *desiderata* che riguardano direttamente l'agire umano.

ispira rispettando la capacità di autodeterminazione dell'uomo e, quindi, la sua dignità²⁷⁴.

Negli stessi anni di *The Morality of Law*, Fuller si dedica al tema della libertà nel saggio *The Case Against Freedom* (pubblicato solo di recente in *The Principles of Sociale Order*²⁷⁵); vi seguirà nel 1968 *Freedom as a Problem of Allocating Choice*²⁷⁶. Si tratta di studi sulle forme di autorganizzazione in società di soggetti concepiti come “agenti responsabili”. La libertà è “*effective choice*”, cioè partecipazione diretta alla creazione dell'ordine sociale. Il modello è molto vicino alla sussidiarietà non solo verticale, ma spiccatamente orizzontale e dal basso. Le istituzioni giuridiche altro non sono che “veicoli di libertà”²⁷⁷ pronti a guidare le azioni dei cittadini in vista dei propri fini, senza sostituirsi ad essi e ai loro sforzi collaborativi²⁷⁸.

Il riconoscimento della stretta affinità tra ordine sociale e libertà passa dal *rule by law* che, lungi dall'essere manifestazione di potere

²⁷⁴ Cfr. LON L. FULLER, *The Morality of Law*, cit., pp. 162–163: «Every departure from the principles of law's inner morality is an affront to man's dignity as a responsible agent. To judge his actions by unpublished or retroactive laws, or to order him to do an act that is impossible, is to convey to him your indifference to his powers of self-determination. Conversely, when the view is accepted that man is incapable of responsible action, legal morality loses its reason for being. To judge his actions by unpublished or retroactive laws is no longer an affront, for there is nothing left to affront – indeed, even the verb 'to judge' becomes itself incongruous in this context; we no longer judge a man, we act upon him.»

²⁷⁵ LON L. FULLER, *The Case Against Freedom*, in ID., *The Principles of Social Order*, cit., pp. 316–327.

²⁷⁶ LON L. FULLER, *Freedom as a Problem of Allocating Choice*, in “Proceedings of the American Philosophical Society”, 112(2), pp. 101–106.

²⁷⁷ KENNETH I. WINSTON, *Introduction*, cit., p. 16.

²⁷⁸ Ci sono delle somiglianze tra questo passaggio e la nozione di “pretesa” in Bruno Leoni. Il confronto è in ALESSANDRA CALLEGARI, *op. cit.*, pp. 77–83.

unilaterale, costituisce la prima *condizione di felicità* della libertà²⁷⁹. In questo modo il potere diventa autenticamente effettivo poiché realizza la libertà. Il mezzo più idoneo è proprio il *rule of law*, grazie alle sue condizioni procedurali di moralità fondate, appunto, sul principio di reciprocità tra governanti e governati.

Riducendo al contrario il diritto al solo potere politico e all'autorità fine a sé stessa (si pensi al principio “*auctoritas, non veritas facit legem*” di matrice hobbesiana), a essere compromessa è innanzitutto la libertà e con essa la stessa legalità. È ciò che accade con la *managerial direction* come unico modo di ordinare la società²⁸⁰.

Il tema della libertà rappresenta, dunque, un tassello centrale della filosofia fulleriana. Lo scopo principale del diritto non è neppure la giustizia. Le istituzioni giuridiche mirano, soprattutto, a promuovere la libertà individuale in vista della capacità di tutti di realizzare un certo ordine sociale. Un valore importante è dato dalla “libertà positiva” [*freedom to*]. Prima ancora della “libertà negativa” [*freedom from*]²⁸¹. Secondo Fuller, l'aver ignorato la “libertà di”, in

²⁷⁹ JAMIE CASSELS, *Lon Fuller: Liberalism and the Limits of Law*, in “The University of Toronto Law Journal”, 36(3), 1986, p. 338, nt. 45.

²⁸⁰ Nelle sue opere, Fuller indica i limiti propri della direzione manageriale e afferma che vi può essere maggiore certezza negli ordini policentrici ed evolutivi, come il *common law*, rispetto agli ordini contraddistinti da un potere legislativo centralizzato. Cfr. LON L. FULLER, *Some Unexplored Social Dimensions of the Law*, in ARTHUR E. SUTHERLAND (ed.), *Path of the Law*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1968, pp. 57–69; ID., *Society and the Legal Order*, by R.D. Schwartz, J.H. Skolnick, Book Review, in “Harvard Law Review”, 85, 1971, pp. 523–524.

²⁸¹ Il concetto di libertà negativa è da Kant intesa come la facoltà di agire senza essere ostacolati dalla libertà uguale e opposta degli altri. IMMANUEL KANT, *Sopra*

favore della “libertà da”, ha inciso negativamente sul significato comunicativo della libertà. Solo la prima, infatti, è libertà di una “creatura vivente capace di un agire finalizzato”; la seconda è ritagliata *ex negativo* sulla funzione del potere. Non è un caso che ogni riferimento alla libertà da parte dei regimi totalitari è sempre stato condotto in termini di “liberà da” e non di “libertà di”²⁸².

In altre parole, la *libertà di scegliere* è *primum* (se non *prius*) rispetto alla *libertà dalla scelta*. Il diritto e le istituzioni giuridiche non stanno per limitare la libertà. Tutt’altro. Mirano, semmai, a distribuirla (in una sorta di problema allocativo della libertà), consentendo la partecipazione e la cooperazione reciproca di tutti al bene comune. C’è solo un problema di distribuzione e implementazione delle possibilità di scelta²⁸³, oltre che di istituzioni in grado di dare effettivamente forma alle decisioni dei cittadini.

3.5. A caratterizzare la libertà e la responsabilità vi è, infine, la nozione di “*purpose*” che si innalza, in particolare, «*when we attempt to reconcile the now generally accepted dichotomy of fact and value*

il detto comune «Questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la pratica», *passim*, in “Bollettino telematico di filosofia politica” (http://btfp.sp.unipi.it/dida/kant_7/ar01s08.xhtml): «Nessuno mi può costringere ad essere felice a suo modo (come cioè egli si immagina il benessere degli altri uomini), ma ognuno può ricercare la sua felicità per la via che a lui sembra buona, purché non rechi pregiudizio alla libertà degli altri di tendere allo stesso scopo». Sull’idea fulleriana di libertà, si rinvia a KENNETH I. WINSTON, *Legislation and Liberty*, cit., p. 397.

²⁸² Cfr. LON L. FULLER, *Freedom: A Suggested Analysis*, cit., p. 1308.

²⁸³ LON L. FULLER, *The Case Against Freedom*, cit., p. 325.

with a purposive interpretation of human behaviour»²⁸⁴. Il concetto di “fine” è stato decisamente sottovalutato dai positivisti. Hart quasi lo banalizza. Lo scopo del diritto servirebbe solo a dire che «ci occupiamo [...] delle istituzioni sociali volte alla continuazione dell’esistenza, non di quelle di un club di suicidi»²⁸⁵.

A giudizio di Fuller è proprio la nozione di scopo ad avvicinare il piano fattuale con quello valoriale, sino a sovrapporsi del tutto in alcuni specifici campi di decisione umana. È, peraltro, il fine a definire i mezzi, mentre questi ultimi non costituirebbero certo un “bene” se non fossero rivolti a un fine conoscibile. Si apre così il problema centrale dell’interazione tra mezzi e fini [*means-end problem*]²⁸⁶. È grazie alle istituzioni sociali che gli uomini realizzano se stessi. Per comprendere il loro scopo è sufficiente privarle della propria *moralità interna*²⁸⁷.

²⁸⁴ Cfr. LON L. FULLER, *Human Purpose and Natural Law*, cit., p. 68. Secondo Hart, si tratta di un’idea che ha ispirato ed allo stesso tempo reso cieco Fuller: vedi HEBERT L.A. HART, *Book Reviews*, cit., p. 1296.

²⁸⁵ HEBERT L.A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., pp. 218–235.

²⁸⁶ L’esempio è quello della *common law* che è il prodotto non di un singolo giudice, ma è piuttosto il risultato di una «collaborative articulation of a shared purpose»: cfr. LON L. FULLER, *Human Purpose and Natural Law*, cit., pp. 697–705

²⁸⁷ Nella sua *Replica ai critici* aggiunta alla seconda edizione de’ *La moralità del diritto*, Fuller sostiene che il mancato riconoscimento della moralità interna del diritto deriva da due assunti giuspositivistici: l’indifferenza della morale alle questioni di validità; la validità come proiezione a senso unico dell’autorità. Sotto il primo profilo, secondo Fuller sarebbe un grave errore non riconoscere la decisività delle regole giuridiche nella realizzazione dei comportamenti umani. Se nel 1956, la moralità intrinseca del diritto era riconducibile alla stretta relazione tra mezzi e fini [*the means-end problem*], in questa replica, invece, l’Autore sostiene il legame implicito sussistente tra l’esistenza del diritto ed il comportamento morale. In questo senso Fuller sembra tracciare un’altra strada, rispetto a quella seguita nella prima edizione in cui la legalità è il frutto della connessione necessaria tra mezzi e fini propria di ogni azione umana. È in tal senso che l’esistenza del

Che cosa vuol dire? Si prendano questioni come il divorzio, la contraccezione, ecc. Il giudice non può che rimanere imparziale di fronte alle soluzioni etiche adottate dal legislatore; il giudice ha il compito di applicare e non di fare le leggi. Eppure, non si giustificerebbe il suo disimpegno dal punto di vista della “morale intrinseca del diritto”²⁸⁸. Così, ad esempio, verrebbe meno al suo ruolo e alla sua responsabilità se si mantenesse neutrale, senza prendere una precisa posizione, fra un’interpretazione della legge funzionale alla comprensione e all’osservanza di tutti i destinatari, e una che la rendesse, al contrario, totalmente inintelligibile, impedendone appunto il suo adempimento. Il giudice non può essere insomma indifferente alla moralità procedurale del diritto.

Naturalmente non ogni scopo è lecito. Ma la condizione da cui partire è sempre la moralità intrinseca del diritto²⁸⁹. In questa direzione, tra l’altro, va cercato il criterio generale per la complessa responsabilità di coloro che hanno la funzione di disegnare, creare e applicare un sistema che voglia essere efficace. Il concetto di validità giuridica si svincola perciò da una visione estremamente formale e

diritto dipende dalla moralità. Si veda ALESSANDRA SCIURBA, *op. cit.*, pp. 721–722.

²⁸⁸ LON L. FULLER, *La moralità del diritto*, cit., p. 173.

²⁸⁹ Al riguardo scrive LON L. FULLER, *La moralità del diritto*, cit., pp. 10–11: «Vi è scarsa consapevolezza del fatto che il problema ora accennato è soltanto un aspetto di un problema più grande, quello di chiarire le direzioni degli sforzi umani essenziali per mantenere in vita un ordinamento giuridico, anche di un ordinamento i cui obiettivi umani possano essere sbagliati o funesti». Tuttavia, continua Fuller «[...] una corretta considerazione della morale intrinseca del diritto limita la varietà dei tipi di scopi sostanziali che possono essere raggiunti grazie alle norme giuridiche».

formalistica del diritto. Qual è l'alternativa? Non è il ritorno a una visione sostanzialistica del valore che prescindere dalla vigenza di decisioni prese dal legislatore. Si parte, semmai, dalle implicazioni morali dei requisiti essenziali dei sistemi procedurali del diritto per affermarne il senso e la finalità nella centralità dell'uomo come agente responsabile.

3.6. Già in *Reason and Fiat in Case Law* (1946), Fuller vede nei caratteri del *rule of law* (sia il *rule of statute* che il *rule of precedent*) una limitazione formale al potere politico, dal momento che il diritto è insieme *fiat* (potere o volontà particolare) e *reason* (ragione)²⁹⁰. Non è solo “*fiat*”. Il potere non è mai assoluto se vuole essere effettivo; ha bisogno della ragione. In che modo? Il dibattito fra Fuller e Hart sulla moralità procedurale fornisce alcune linee interessanti, soprattutto nell'ottica di rivalutare le procedure giuridiche quali forme di tutela delle libertà e dei diritti.

Tra tutte le istituzioni alla base dell'ordine sociale, il diritto è certamente l'istituzione che meglio traduce il progetto che unisce la produzione di norme e il consolidarsi di pratiche sociali informali²⁹¹,

²⁹⁰ LON L. FULLER, *Reason and Fiat*, cit., p. 395.

²⁹¹ Le pratiche sociali sono formate dalle aspettative e dai propositi sociali che rappresentano una risorsa critica per i giudici chiamati a decidere casi complessi (cfr. LON L. FULLER, *Lon Fuller to Thomas Reed Powell*, cit., pp. 302–303). Il ruolo di tali aspettative sociali si fa interessante nel caso in cui il diritto si debba confrontare con forme giuridiche che non hanno un chiaro riconoscimento culturale nell'ordine sociale esistente (cfr. KENNETH I. WINSTON, *Introduction*, cit., p. 4).

grazie al riconoscimento da parte dei destinatari sia delle regole prodotte, sia dell'autorità che le produce²⁹².

In *Irrigation and Tyranny* (1965) Fuller afferma che ogni potere è soggetto a una dimensione informale costituita da confini impliciti che limitano l'esercizio del potere entro vincoli di reciprocità²⁹³. Per comprendere il *rule of law* e il suo funzionamento non basta, in altre parole, limitarsi alla legislazione o alla giurisdizione. C'è anche una dimensione implicita della giuridicità che è forse il senso maggiore della *inner morality of law*²⁹⁴. Ad essere chiamati in causa sono le azioni radicate nei «nuclei stessi essenziali dell'esperienza e della natura dell'uomo»²⁹⁵.

La riflessione si sposta dall'oggetto alle condizioni che rendono possibile tale oggetto. E così anziché partire dall'oggetto, ha inizio dal *soggetto*²⁹⁶. In un modo, però, del tutto originale. Il risultato, infatti, pur giungendo all'individuazione di veri e propri principî

²⁹² KENNETH I. WINSTON, *Introduction*, cit., p. 3

²⁹³ Ci si riferisce a LON L. FULLER, *Irrigation and Tyranny*, cit., pp. 214, 216–217 (le pagine sono della versione pubblicata in *The Principles of Social Order*, cit.)

²⁹⁴ KRISTEN 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.

²⁹⁵ Sul punto ALESSANDRO DAL BROLLO, *op. cit.* pp. 79–80.

²⁹⁶ Dal Brollo sottolinea come il limite della speculazione fulleriana stia proprio nell'assenza di una adeguata fenomenologia dell'essere dell'uomo. «[...] Sembra insomma mancare, in realtà, una adeguata e sviluppata spiegazione o interpretazione dell'essere dell'uomo, che pare invece dato come presupposto, già noto. Si pensa in specie, in relazione a ciò, al certo insufficiente risalto, e alle certo carenti spiegazioni o analisi fondative, così della condizione coesistenziale dell'uomo, come di quella giustizia che pur certo appare in Fuller, come già accennato, la intrinseca e specifica finalità giuridica.». Cfr. ALESSANDRO DAL BROLLO, *op. cit.*, p. 111.

formali dell'esperienza giuridica, non conclude nuovamente con una tesi formalistica della validità giuridica. Tutt'altro. Mantiene ferma la premessa che il diritto, così come ogni altra istituzione sociale, hanno come fine l'uomo. La libertà ne è il nucleo centrale. Essa è un fatto giuridico fondamentale e non semplicemente uno dei tanti fatti dell'esperienza comune.

4. IL DIRITTO TRA FORME IMPLICITE ED ESPLICITE.

SOMMARIO: 4.0. La dimensione implicita dell'esperienza giuridica. – 4.1. Convenzionalismo di *common law*. – 4.2. Forme di diritto implicito: *customary law* e *common law*. – 4.3. Forme di diritto esplicito: *contract law* e *enacted law*. – 4.4. *Made law* e *implicit law*. – 4.5. La morale dell'intenzionalità. – 4.5.1. Intenzionalità e ragionamento giuridico. – 4.5.2. Intenzionalità e validità giuridica nell'attività giurisdizionale. – 4.6. L'idea del soggetto implicita nella giuridicità.

4.0. L'analisi procedurale del diritto non porta come si è detto a una concezione formalistica dell'ordinamento, almeno nel senso fatto proprio dalla teoria giusfilosofica del secolo scorso²⁹⁷. Lo si comprende meglio con la dimensione tacita o implicita dell'esperienza giuridica. È il mondo, soprattutto, della morale dell'intenzionalità. Fuller ne parla sin dagli esordi della sua

²⁹⁷ Il tema, seppure nelle sue linee essenziali, è stato già affrontato nel primo capitolo a proposito della diversità di impostazione metodologica tra Fuller e le teorie formalistiche del diritto (in particolare giuspositivismo e giusrealismo). A voler semplificare, si può dire che il formalismo giuridico, in tutte le sue varianti, indaga il problema della validità concentrandosi su tre elementi chiave e cioè: (i) l'*ordinamento*; (ii) lo *spazio* in cui l'ordinamento trova la sua efficacia; (iii) la *norma* da cui dipende la qualificazione e la trasformazione giuridica di fatti sociali. La letteratura sul tema è vasta. Per i profili centrali nell'ottica della teoria generale si può citare, anche per i riferimenti bibliografici riportati, il manuale di ALFONSO CATANIA, *op. cit.*

riflessione, e peraltro in un momento storico dominato (già a partire dagli anni Venti) dal giusrealismo²⁹⁸.

La visione interazionale dell'architettura filosofica di Fuller si ricava dalla lettura di molte tesi finora esaminate. Si pensi, ad esempio: a) al diritto visto come impresa propositiva e cooperativa; b) allo scopo delle regole di agevolare l'interazione sociale attraverso la costituzione di strutture stabili che implementano la libertà e le possibilità di scelta effettiva [*effective choice*] dei cittadini; c) all'idea che il diritto sia una – non l'unica, seppure la più alta – forma di propositività umana; d) alla costitutività necessaria delle aspettative reciproche [*intendments*] che si stabilizzano in rapporti sia orizzontali, sia verticali affinché il diritto raggiunga le sue finalità; e) infine, al diritto inteso come il risultato di uno sforzo umano finalizzato e guidato dalla sua moralità intrinseca.

A ben vedere, dunque, la dimensione implicita dell'esperienza giuridica rappresenta un passaggio essenziale della natura composita e multiforme del concetto di diritto. Prima, però, di parlare della centralità del diritto implicito e delle sue implicazioni teoretiche e pratiche, esamino alcune forme principali di interazione sociale che mettono meglio in luce il peso che l'*implicit law* ha sia nella

²⁹⁸ Non a caso, come si è già detto nel capitolo introduttivo, si è sostenuto che le tesi del filosofo texano abbiano anticipato quelle di Dworkin e, in generale, le teorie del movimento neocostituzionalista emersi entrambi a partire dagli anni Sessanta del secolo scorso. Sul punto, peraltro, ANDREA PORCIELLO, *Principi dell'ordine sociale*, cit., p. 24, ha sostenuto che il Dworkin di *Law's Empire*, pur non citando Fuller, abbia ripreso le tesi della moralità del diritto. La stessa considerazione è anche in KRISTEN RUNDLE, *op. cit.*, pp. 162 e 174 ss.

costruzione dei modelli di vita sociale, sia nel loro mantenimento effettivo.

4.1. Si è già visto come la tradizione giuridica di *common law* abbia influenzato la speculazione fulleriana sul *rule of law*. Specie su un punto decisivo: il ruolo non meccanico del giudice nella sua attività di creazione di diritto, ruolo che suppone in generale un'organizzazione sociale spontanea (a carattere molto dinamico) *sub homine* e non *sub lege*. È ciò che in particolare distingue il *common law* da altri sistemi costruiti essenzialmente sul ruolo primario del codice e su una concezione dello Stato in cui il diritto è inteso come il prodotto di una decisione sovrana. Fuller intravede tale differenza già nei primi scritti in cui il diritto è descritto come un fatto sociale molto complesso contrassegnato da elementi sia espliciti, sia impliciti²⁹⁹. In essi sono riposte le tacite aspettative di reciprocità e di apertura all'alterità³⁰⁰ nei diversi ambiti di esperienza³⁰¹.

Non v'è, dunque, solo la legge nelle sue forme oggettive esterne. Nulla sarebbe la legge senza una vita interna e implicita che lo stesso

²⁹⁹ Si veda, ad esempio, LON L. FULLER, *Anatomy of the Law*, cit., pp. 43–57 ove, tra l'altro, il filosofo critica espressamente quelle concezioni che identificano il diritto con la forma scritta; ID., *Irrigation and Tyranny*, cit., p. 212–224; ID., *Human Interaction*, cit., pp. 1–36; ID., *The Role of Contract*, cit., pp. 187–205.

³⁰⁰ Fuller parla di *intendments*, e fa l'esempio delle aspettative che caratterizzano il processo elettorale. Cfr. LON L. FULLER, *La moralità del diritto*, cit., p. 278.

³⁰¹ Le interazioni sociali si caratterizzano per la durata, l'intensità e la ripetitività. Sul punto si veda WILLEM J. WITTEVEEN/WIBREN VAN DER BURG (eds.), *op. cit.*, pp. 22–23; DONALD G. GALLOWAY, *The Axiology of Analytical Jurisprudence*, in THOMAS W. BECHTLER (ed.), *Law in a social Context: Liber Amicorum Honouring Professor L.L. Fuller*, Kluwer, Deventer, 1978, pp. 80 ss.

Hart non manca di considerare con la sua norma fondamentale di riconoscimento³⁰².

L'influenza del modello giuridico anglo-americano, costruito sul diffuso sentimento condiviso di giustizia associa la tesi di Fuller a un'espressione "convenzionalistica" del *common law* secondo cui gli accordi sociali possono anche sorgere spontaneamente all'interno, e non in ragione o in dipendenza (com'è per il convenzionalismo classico *à la Bentham*) di istituzioni giuridiche formali³⁰³. In questo modo, le istituzioni sociali tendono più che altro a facilitare le interazioni umane costruite sull'apertura verso l'altro e sulla reciprocità³⁰⁴. Il legame di reciprocità è decisivo. Se reciso unilateralmente dal "potere" ne consegue una causa sufficiente di disobbedienza civile alla legge che la rende priva di ogni effettività.

³⁰² Come si sa, tra le varie espressioni del positivismo giuridico, quella inclusivista ha certamente esercitato una grande influenza per il dibattito contemporaneo. Alla base di tale approccio vi è la constatazione che il giuspositivismo mantiene la sua coerenza interna anche se oltre agli standard propri della regola di riconoscimento, si aggiungono criteri di validità morali. Sul punto, si vedano JULES L. COLEMAN, *Negative and Positive Positivism*, in ID., *Markets, Morals and the Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988; WILFRID J. WALUCHOW, *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford, 1994; ELENI MITROPHANOUS, *Soft Positivism*, in "Oxford Journal of Legal Studies", 17, 1997.

³⁰³ La tesi è di GERALD POSTEMA, *Implicit Law*, in WILLEM J. WITTEVEEN/ WIBREN VAN DER BURG (eds.), *op. cit.*, p. 256.

³⁰⁴ Per la sua teoria interazionale, Fuller si ispira a Georg Simmel e Talcott Parsons (LON L. FULLER, *The Morality of Law*, cit., pp. 57, 84, 277); il riferimento è a: GEORG SIMMEL, *Sociologia*, Edizioni Comunità, Milano, 1989; TALCOTT PARSONS, *On the Concept of Political Power*, in "Proceedings of the American Philosophical Society", 107(3), 1963, p. 240. In questo senso, richiamando Simmel e Parsons, anche le relazioni che apparentemente presentano una unilaterale proiezione di potere, si basano su una interazione.

4.2. Tale visione del diritto come fatto complesso e policentrico è rappresentata in modo sistematico e compiuto in *Anatomy of the Law* (1968). Fuller si concentra, in particolare, sul diritto consuetudinario e sul *common law*.

Com'è noto la consuetudine consta di due elementi: uno di tipo materiale, la reiterazione di un determinato comportamento da parte di una collettività (*usus* o *diuturnitas*), e un altro di tipo soggettivo, la convinzione diffusa che quel comportamento sia non solo moralmente o socialmente, ma giuridicamente obbligatorio (*opinio iuris ac necessitatis*). Per Fuller l'elemento centrale è l'aspettativa di reciprocità insita nella interazione umana³⁰⁵. La consuetudine non è solo una fonte sulla produzione di norme da parte di organi competenti, ma è soprattutto una pratica che, collegando gli elementi interni del diritto esplicito, ne consente il funzionamento³⁰⁶. In altre parole, più che fonte del diritto, la consuetudine opera nei meccanismi stessi, taciti o impliciti, della produzione di norme ed è incentrata su processi di comunicazione delle reciproche aspettative. Si immaginino due soggetti, A e B, che uniformano le proprie condotte in base alle loro passate relazioni. In questo modo, la consuetudine non serve a produrre semplicemente regole (per

³⁰⁵ LON L. FULLER, *Human Interaction*, cit., p. 1.

³⁰⁶ *Ivi*, p. 2. Fuller definisce la *customary law* in questi termini: «A custom is not declared or enacted, but grows or develops through time. The date when it first come into full effect can usually be assigned only within broad limits; (...) it has no definite author; there is no person or define human agency we can praise or blame for its being good or bad. There is no authoritative verbal declaration of the terms of custom; it expresses itself not in a succession of words, but in a course of conduct». LON L. FULLER, *Anatomy of the Law*, cit., p. 44.

esempio contrattuali); semmai, stabilizza le reciproche aspettative, divenendo essa stessa un “linguaggio di interazione” non di parole, ma di condotte, pronta a facilitare la comunicazione che serve per la regolamentazione dei rapporti giuridici³⁰⁷. La consuetudine non è affatto un’interazione strategica secondo cui ci si comporta in un modo a patto che gli altri facciano lo stesso. La prospettiva è un’altra. Si regge sulla convinzione che per cooperare in certi contesti occorre adottare i codici di condotta propri di quel contesto³⁰⁸.

Né si può ridurre completamente la consuetudine al *made law*. È la tesi, fra gli altri, di Austin, secondo cui la consuetudine “rinascere” come diritto solo dopo che le viene attribuito il vestito formale della sanzione ed è adottata come *standard* di decisione del giudice (è il succo della “dottrina della seconda rinascita”)³⁰⁹. Fuller critica fortemente una simile impostazione. Non tutte le consuetudini, infatti, sono *standard* di decisione (come accade per gli usi contrari alla legge o all’ordine pubblico). D’altronde, il giudice non crea, ma si limita a riconoscere e dichiarare la consuetudine come diritto preesistente alla decisione³¹⁰. Quella di Austin sarebbe in realtà una «dottrina della continua rinascita», dal momento che le consuetudini,

³⁰⁷ Cfr. LON L. FULLER, *The Role of Contract*, cit., p. 194: «We may describe customary law in general terms as consisting of the reciprocal expectation that arise out of human interaction. It is illustrated when A and B, as the result of past encounters, begin to shape their conduct toward each other by patterns perceived as emerging from their past interactions. As with language, these patterns will tend to “jell” and to spread from one context to another. Customary law may, indeed, be aptly described as a *language of interaction*»

³⁰⁸ LON L. FULLER, *Human Interaction*, cit., pp. 2–3.

³⁰⁹ *Ibidem*.

³¹⁰ *Ivi*, p. 46.

cambiando nel tempo, avrebbero sempre la necessità di essere riconosciute (addirittura *ad infinitum*) da parte del giudice³¹¹, il che sarebbe logicamente impossibile. Un'ultima osservazione. La dottrina di Austin è costretta a presupporre l'esistenza di almeno una regola implicita alla pratica dei tribunali (e come tale non scritta o esplicitata) e cioè quella secondo cui l'accettazione dello *standard* di decisione consuetudinaria debba valere anche per i casi futuri ed essere consacrata nel principio dello *stare decisis et non quieta movere*³¹².

Il diritto consuetudinario assume anche un ruolo fondamentale nell'interpretazione del diritto scritto e nel colmare le lacune statiche e dinamiche proprie dell'*enacted law*³¹³, alla luce sempre di aspettative derivanti dalle stesse situazioni non regolate dalle norme scritte³¹⁴.

Una speciale forma di diritto consuetudinario è proprio il *common law*³¹⁵, capace di adeguarsi al divenire della realtà sociale grazie al buon senso sempre vivo nella coscienza comunitaria. È praticamente il senso che emerge dalla complessa trama dei rapporti umani e che, attraverso i casi giudiziari, diviene fatto giuridico. Il *common law* non è un *enacted law*, ossia diritto che proviene da una certa autorità (in

³¹¹ *Ibidem*.

³¹² *Ivi*, pp. 46–47.

³¹³ LON L. FULLER, *The Role of Contract*, cit., p. 194; ID., *Anatomy of the Law*, cit., pp. 75–78.

³¹⁴ LON L. FULLER, *The Morality of Law*, cit., p. 298.

³¹⁵ LON L. FULLER, *Anatomy of the Law*, cit., pp. 84, 89–110.

particolare l'autorità giudiziaria), bensì è diritto fondato profondamente nell'agire comunicativo umano.

4.3. Se il *customary law* e il *common law* rappresentano esempi di diritto implicito, il *contract law* e l'*enacted law* ritraggono due forme di *made law*. In *Human Interaction and the Law*³¹⁶, nel riproporre in parte i temi di *Anatomy of the Law*, Fuller esamina alcuni elementi essenziali di confronto tra le due forme implicite ed esplicite di giuridicità.

Anche alla base del *contract law* (e cioè il diritto contenuto nei contratti e non quello relativo ai contratti³¹⁷) sono situate le aspettative reciproche che hanno origine nell'accordo esplicito degli individui e che si realizzano mediante lo scambio di promesse (mentre per la consuetudine le aspettative sono generate dai comportamenti fattuali³¹⁸). I processi sono sostanzialmente identici a quelli del diritto consuetudinario. Entrambi, infatti, si fondano sul principio di reciprocità delle aspettative. Quali, allora, le differenze? Eccone alcune: a) le regole del rapporto e la loro conoscibilità sono esplicitate e precisate nel contratto, mentre restano per gran parte inespresse nella consuetudine, sicché nel primo caso è più facile ricostruire il contenuto specifico della relazione; b) la durata di formazione della regola è "intensiva" (mediante accordi dettagliati)

³¹⁶ LON L. FULLER, *Human Interaction*, cit., pp. 14–20; ID., *Anatomy of the Law*, cit., pp. 44 ss.

³¹⁷ LON L. FULLER, *The Role of Contract*, cit., p. 192.

³¹⁸ LON L. FULLER, *Human Interaction*, cit., pp. 14–15.

per il contratto, e “progressiva” (mediante interazioni non verbali) per la consuetudine; c) le finalità sono individuate e precisate per il diritto contrattuale, indefinite per quello consuetudinario³¹⁹.

Il contratto, dunque, dà origine a un sistema in miniatura costituito da diritti e obblighi limitati alle parti, laddove nel diritto consuetudinario le regole vanno oltre le parti contrattuali³²⁰. Allo stesso modo, la reciprocità implicita negli scambi economici serve sia a regolare l’esecuzione del contratto³²¹, sia a guidare il giurista nell’interpretazione del programma negoziale. Il giudice, dal canto suo, non avendo preso parte direttamente alla negoziazione e alla stesura dell’accordo, ha il compito di interpretare il contenuto del contratto in base a ciò che è implicito sia alla “buona” negoziazione, sia alle pratiche sottese ad una “buona” redazione dell’accordo³²².

L’altra forma di *made law* è ovviamente l’*enacted law*, ossia la legislazione. Ne è artefice l’assemblea legislativa democraticamente eletta, i cui caratteri essenziali sono: a) la rappresentatività dei partecipanti secondo regole proprie di un sistema elettorale; b) la regolamentazione della partecipazione politica pubblica; c) la deliberazione secondo il metodo maggioritario³²³.

Il legislatore ha il dovere di mediare le preferenze dei singoli e dei gruppi a partire da procedure che rendono effettivo il potere delegato

³¹⁹ LON L. FULLER, *Anatomy of the Law*, cit., p. 76.

³²⁰ *Ivi*, pp. 71–72.

³²¹ LON L. FULLER, *The Problems of Jurisprudence*, cit., p. 732.

³²² LON L. FULLER, *Some Observation of the Course in Contracts*, in “Journal of Legal Education”, 20, 1968, p. 484.

³²³ LON L. FULLER, *Human Interaction*, cit., pp. 21–22.

e il diritto che ne viene prodotto, grazie alla loro moralità intrinseca³²⁴.

4.4. Il diritto implicito non è, dunque, separato dal *made law*.

Un esempio può aiutare ancora una volta a comprendere questo passaggio³²⁵. Immaginiamo che un gruppo di amici decida di organizzare una gita in campeggio con tutto l'occorrente necessario. Questi avvertiranno subito l'esigenza di dividersi i compiti e stabilire certe regole. Ci si potrà evidentemente affidare alle decisioni di chi ha più esperienza di campeggi. Se dovesse, però, mancare qualcuno con un po' di esperienza, ecco che prevarrebbe l'orientamento ad affrontare i momenti più critici con eventuali decisioni a maggioranza. Sono tutte soluzioni dettate da aspettative implicite nel gruppo. Non vi saranno regole che non dipenderanno da queste determinazioni spontanee del gruppo. Lo stesso vale per il diritto. Il *made law* serve a meglio esplicitare i bisogni interni degli uomini (singoli e associati), rendendoli effettivi³²⁶. Come osserva Gerald

³²⁴ LON L. FULLER, *Freedom as a Problem of Allocating Choice*, cit., pp. 105–106; ID., *The Morality of Law*, cit., p. 57.

³²⁵ Il riferimento è in *Anatomy of the Law*, cit., pp. 48–49.

³²⁶ 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"

Postema, «l'esistenza e i contenuti del diritto esplicito dipende da una rete di tacite intese e accordi non scritti, radicati sul terreno delle interazioni sociali»³²⁷.

Il *made law* è il prodotto soprattutto di cause implicite. Gli elementi impliciti (principalmente di tipo procedurale) sono alla base della creazione stessa di norme. Ne dettano le condizioni di validità. Aberrazioni giuridiche come quelle del regime nazista sono nate proprio perché si sono violati i limiti della dimensione tacita del diritto, limiti che troviamo sul terreno del senso comune, o dell'ordinaria idea di “*decency*”. Andando al cuore del pensiero di Fuller, il problema giuridico fondamentale sorge tutte le volte in cui si va al di là della morale procedurale in cui si inverte implicitamente il diritto³²⁸.

[*Müssen*]. Sicché il piano giuridico e quello delle leggi *a priori* degli atti sociali non è distinto, ma si sovrappone. Sul tema cfr. ADOLF REINACH, *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes*, in “Jahrbuch für Philosophie und Phänomenologische Forschung”, 1, 1913, pp. 685–847 (traduzione italiana di Daniela 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 OLIMPIA G. LODDO, *Manifestare gli atti sociali. Canali della giuridicità dopo Reinach*, FrancoAngeli, Milano, 2020 ed in particolare alle riflessioni nella prefazione di ANTONIO INCAMPO, *Pluralità di forme, unità di essenze negli atti giuridici. Prefazione a uno studio su Adolf Reinach*, in OLIMPIA 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.

³²⁷ GERALD J. POSTEMA, *Implicit Law*, in “Law and Philosophy”, 13(3), 1994, 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).

³²⁸ LON L. FULLER, *Anatomy of the Law*, cit., 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

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 norme³²⁹. In osservanza alle regole, il Parlamento regolarmente 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 cittadini». A prima vista, una disposizione del genere non violerebbe espressamente alcuna norma prevista dalla Costituzione³³⁰. Non c'è nessuna norma che stabilisce l'obbligo a carico dell'organo legiferante di rendere noto il contenuto dei documenti emananti³³¹. Il

che sono immediatamente più degne di attenzione o per il loro grado di diffusione o per l'autorevolezza di chi le professa. Nell'*eikos*, infatti, è presente l'idea di regolarità, ma vi è anche qualcosa che eccede queste accezioni. L'*eikos* fornisce un modello esplicativo dei fenomeni che è tanto più affidabile quanto più appare attestato dall'esperienza. Tuttavia, l'*eikos* non è una mera registrazione delle occorrenze, né esprime un rapporto di tipo meramente quantitativo. Esso appare saldamente radicato sul terreno dell'opinione e dell'opinabile, nel senso che esso dice quello che *si sa* circa il modo in cui generalmente vanno le cose. L'orizzonte epistemico è quindi quello delle credenze o delle opinioni diffuse, degli *endoxa*. Il verosimile configura, cioè, una forma di organizzazione e di unificazione dei dati empirici che anticipa l'esperienza e, proprio per questo, la rende intelligibile. Non a caso, nel darne la definizione, Aristotele istituisce un parallelismo fra l'*eikos* e l'universale: come quest'ultimo è ciò che raccoglie insieme e conferisce unità al particolare, altrettanto quello è ciò che raccoglie assieme e conferisce unità a quanto si presenta come intrinsecamente incerto, passibile di essere diversamente, suscettibile di un'alternativa. Sul tema della ragionevolezza e del verosimile nel giudizio penale si veda STEFANO FUSELLI, *Al di là di ogni ragionevole dubbio: profili logici ed epistemologici*, in ANTONIO INCAMPO/ADOLFO SCALFATI (a cura di), *Diritto penale e ragionevole dubbio*, Bari, Cacucci, pp. 49 ss.

³²⁹ L'argomento è sviluppato in particolare da ANDREA PORCIELLO, *L'idea del diritto implicito*, cit., pp. 333–335. Gli esempi sono contenuti in LON L. FULLER, *The Anatomy of the Law*, cit., pp. 60 ss.

³³⁰ LON L. FULLER, *Anatomy of the Law*, cit., p. 61: «There is in this act no violations of the language of the constitution».

³³¹ 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

punto è che tale obbligo è implicito nell'idea stessa di diritto, della sua moralità procedurale e delle aspettative reciproche dei consociati. 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?»³³². 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»³³³), 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, tutti collegati al problema fondamentale delle lacune³³⁴: *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

degli Stati Uniti (LON L. FULLER, *Anatomy of the Law*, cit., p. 61: «[it is] in this respect like the Constitution of the United States»). La traduzione è di ANDREA PORCIELLO, *L'idea di diritto implicito*, cit., p. 334).

³³² LON 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?». La traduzione è di ANDREA PORCIELLO, *L'idea di diritto implicito*, cit., p. 334.

³³³ LON 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).

³³⁴ ANDREA PORCIELLO, *L'idea di diritto implicito*, cit., pp. 337–340.

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 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.

Vediamo in dettaglio le osservazioni di Fuller:

i) Le lacune *praeter legem*. Secondo Fuller «le più grottesche aberrazioni delle più ordinarie idee di ciò che il diritto dovrebbe essere sono proprio quelle che i costituenti con tutta probabilità non hanno neanche preso in considerazione»³³⁵. Ma l'assenza di una norma non implica che sia necessariamente permesso ciò che non è previsto. Il fatto, ad esempio, che una Costituzione non preveda espressamente il divieto che le leggi non abbiano pubblicità, non implica che ciò sia consentito. Anzi, vale l'esatto contrario. A tal proposito, Fuller ricorda un passo di Wittgenstein in cui osserva: «qualcuno mi dice: insegna un gioco ai bambini! Io insegno loro a giocare ai dadi, e l'altro dice: non intendevo un gioco di questo genere!»³³⁶. Wittgenstein sembra suggerire che nel linguaggio esista

³³⁵ LON L. FULLER, *Anatomy of the Law*, cit., p. 62: «The most grotesque aberrations from ordinary conceptions of what law means are precisely those which the constitutional draftsman is most likely to leave out of account». La traduzione è di ANDREA PORCIELLO, *L'idea di diritto implicito*, cit., p. 337.

³³⁶ L'argomento di Wittgenstein viene riproposto in questi termini da Fuller, LON L. FULLER, *Anatomy of the Law*, cit., p. 62: «Someone says to me: show the children a game! I teach them gaming with dice, and the other says: I didn't mean this sort of game». di ANDREA PORCIELLO, *L'idea di diritto implicito*, cit., p. 337.

sempre un “sottotesto”; nell’ottica fulleriana è la dimensione implicita alla nostra cultura. Così come appare aberrante insegnare un gioco d’azzardo a un minorenne, nonostante non vi sia un divieto espresso, allo stesso modo è insostenibile che le leggi non abbiano pubblicità.

ii) Le lacune *intra legem*. È il caso della Costituzione che preveda espressamente tutti i modi per produrre altre norme. Anche in questo caso le ragioni implicite del diritto non scompaiono. Ancora un esempio. Immaginiamo una legge emanata dal Parlamento che condizioni la validità del matrimonio all’esatta compilazione del documento da parte del celebrante e al relativo deposito entro cinque giorni dalla celebrazione. Un incendio, tuttavia, distrugge l’archivio di Stato, impedendo di fatto le registrazioni dei matrimoni per almeno sei mesi. L’unica soluzione per Fuller è quella di una legge retroattiva che dichiari comunque validi tutti i matrimoni già celebrati. Che cosa sarebbe accaduto se il sistema avesse positivizzato il principio assoluto ed inderogabile della irretroattività della legge? La legge *ex post facto* sarebbe stata invalida? La risposta è negativa. Prevalgono, infatti, le esigenze tacite e implicite del diritto. Ben al di sopra del *made law*. Semmai, le questioni vertono sui delicati rapporti di equilibrio e di bilanciamento degli interessi in gioco per il mantenimento della legalità e per la realizzazione di una giustizia minima che solo gli “architetti dell’ordine sociale”, tra cui i giudici, possono far valere. Nel caso, però, in esame, l’istanza di certezza del diritto esplicito (tipica del giuspositivismo) lascia il posto alle ragioni

di flessibilità del diritto implicito, ragioni inevitabilmente attuali per la complessità dell'esperienza umana³³⁷.

iii) La derogabilità di norme costituzionali. La Costituzione non è in grado di prevedere *ex ante* le situazioni di emergenza in cui è impossibile rispettare tutte le regole vigenti. È il diritto implicito a stabilire i mezzi straordinari in deroga a quelli in vigore. Spesso si adotteranno norme che non rientrano nei limiti del dettato costituzionale. E la spiegazione è sempre nella natura delle cose, piuttosto che nel diritto espressamente posto.

iv) L'interpretazione della Costituzione. L'interpretazione prima ancora che da precise regole dell'ordinamento dipende da una serie di saperi derivanti dalle pratiche, o dai comportamenti reali di una determinata comunità. Proprio perché non è un fatto astratto la si trova nei canali taciti e impliciti delle visioni del mondo alla base dell'applicazione delle norme.

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.

³³⁷ LON L. FULLER, *Anatomy of the Law*, cit., p. 65: «Certain departures from the usual practices of lawmaking, such as those involved in retrospective and special or one-man statutes [...] may in some cases actually serve the ends of legality and fairness».

Il giuspositivismo ha il grave limite di guardare alla superficie dei fenomeni, fermandosi ai soli elementi tangibili della legislazione. Non osserva l'enorme sforzo umano che ne sta all'origine. Sarebbe sufficiente comprendere le implicazioni del *customary law*, o del *common law*, o il vasto campo del ragionamento giuridico, per concludere che il diritto è molto più complesso di ogni tesi giuspositivistica ed è profondamente coinvolto nelle pratiche e convenzioni delle comunità che governa³³⁸.

L'*implicit law* non esclude *made elements*. Solo una visione mistica dei fenomeni non è in grado di cogliere questi elementi³³⁹. In questo senso, l'istituto dei contratti rappresenta un esempio emblematico. Se da un lato, infatti, nella *contract law* predominano i *made elements*, dall'altro anche il diritto contrattuale, come il diritto consuetudinario, 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 particolari.

La ragione giuridica può solo fornire le strutture di base del sistema considerato, ma non risolve tutte le problematiche connesse agli affari umani di cui il diritto stesso costituisce un'appendice.

La teoria della moralità intrinseca del diritto mira soprattutto a comprendere la dimensione implicita all'idea di ordine sociale. Non c'è nessuna traccia di "sostanzialismo". Il veicolo principale dei valori sono le procedure nella loro essenziale neutralità. È soltanto

³³⁸ GERALD J. POSTEMA, *Implicit Law*, cit., p. 377.

³³⁹ *Ivi*, p. 70.

dalle procedure, ossia dall'impianto formale del diritto che emerge il legame tra fatti e valori, dovere e aspirazione, *essere e dover essere*. Dalle procedure è possibile derivare anche l'idea di scopo. I fallimenti di *Rex*, infatti, non consistono semplicemente nell'inosservanza *sic et simpliciter* degli otto principî procedurali posti a capo del diritto. Ad essere violato alla fine è il reciproco *bisogno* da cui quegli otto requisiti procedurali hanno origine per la costituzione e il mantenimento di un "buon" ordine sociale. Ecco perché si può parlare di principî morali³⁴⁰. Il motivo è tutto qui. La costruzione procedurale di un ordine sociale che voglia definirsi "buono" passa dal grado di realizzazione dei valori di reciprocità e di dignità delle persone considerati non come mezzi, ma come fini *in sé*³⁴¹. Da questo punto di vista, il diritto esprime dal proprio interno, dalla forma kantianamente trascendentale delle proprie procedure il suo carattere profondamente onto-assiologico. Anzi, appare alquanto plausibile l'idea che laddove vi sia «giustizia formale, il governo della legge e il rispetto delle aspettative legittime» è molto probabile che esista una giustizia sostanziale. Una lettura questa di John Rawls

³⁴⁰ Il riferimento alla locuzione "principî" è quello fatto proprio da GUSTAVO ZAGREBELSKY, *op. cit.*, pp. 205–210.

³⁴¹ Si fa strada allora il tema della giustizia, Fuller ne parla in *Positivism and Fidelity*, cit., p. 657. Qui il giusfilosofo afferma che se si cerca di realizzare un ordine, esso non può che essere buono, altrimenti non servirà ai propri scopi. Inoltre, precisa Fuller, se si cerca la giustizia attraverso un "buon ordine" si deve preliminarmente passare dall'ordine.

che cita, non a caso, Fuller³⁴². È peraltro il ragionamento alla base dello *Ius Publicum* kantiano³⁴³.

4.5. C'è un aspetto cruciale ancora da affrontare. Se il diritto è composto da dimensione esplicita ed implicita, da piano fattuale (*fiat*) e valoriale (*reason*) insieme, vi deve essere allora un fattore decisivo di guida per il giudice che gli consenta di cogliere la polarità intrinseca all'esperienza giuridica e di «ridurre lo spazio dell'irrazionale nella condotta umana». Lo si potrebbe individuare nella morale dell'intenzionalità³⁴⁴.

Come si è detto, l'architrave della riflessione di Fuller è rappresentato dalla distinzione tra “morale del dovere” e “morale dell'intenzionalità”. La morale è concepita secondo una scala

³⁴² Cfr. JOHN RAWLS, *op. cit.*, p. 75.

³⁴³ L'idea che la forma possa indicare un senso fondamentale del diritto [*Grundwert*] non è dissimile dalla “formula trascendentale del diritto pubblico” [*transzendente Formel des öffentlichen*] di Kant in *Zum ewigen Frieden* [*Per la pace perpetua*] (1796). Cfr. IMMANUEL KANT, *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*, in *Kleinere Schriften zur Geschichtsphilosophie, Ethik und Politik*, 1913, traduzione italiana di Vincenzo Cicero, *Pace perpetua*, 1997. Al tema della *Öffentlichkeit* e delle sue implicazioni per l'ideazione di una *Grundwert* si veda ANTONIO INCAMPO, *Filosofia del dovere giuridico*, cit., 161–183 e ID., *Metafisica del processo*, cit., pp. 303–335.

³⁴⁴ Cfr. LON 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. WIBREN VAN DE BURG, *The Morality of Aspiration*, cit., pp. 169–192. Il riferimento all'euristica è in ALESSANDRO 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».

ascendente che vede all'inizio la "morale del dovere", necessaria al sorgere e al permanere di una società organizzata, orientata di per sé a finalità particolari e specifiche. Vi segue la "morale dell'intenzionalità", aspirazione alla massima possibile realizzazione delle potenzialità umane, al di là dei doveri dettati dalle esigenze elementari della vita comunitaria. Le due morali sono strettamente legate l'una all'altra: l'adempimento della morale del dovere è il primo passo verso la morale dell'intenzionalità.

In questo senso, se da un lato il contenuto della morale del dovere è oggettivabile e formalizzabile poiché concerne un nucleo di doveri minimi e necessari per consentire all'uomo di scegliere ed agire, dall'altro solo la morale dell'intenzionalità è in grado di spiegare la ragione, la finalità, la direzione e la funzione delle stesse attività pratiche dell'uomo. Le otto condizioni di felicità [*felicity conditions*] del diritto si muovono proprio nell'orizzonte della morale dell'intenzionalità (pur senza rinunciare alla logica propria del dovere)³⁴⁵. La morale dell'intenzionalità è «*morality that makes law possible*», ovvero «*aspiration toward perfection in legality*».

³⁴⁵ È questa peraltro l'interpretazione di WIBREN VAN DER BURG, *The Morality of Aspiration*, cit., p. 185 il quale sostiene che lo stesso Fuller non dimentica che il diritto sia legato a quella parte della morale del dovere oggettivabile che consente di realizzare il governo per mezzo di norme, ma non vi è solo la logica del dovere (rappresentata dalla funzione regolativa del diritto), a spiegare tutto il fenomeno giuridico che è costruito anche, se non soprattutto, sulla funzione ideale tipica della morale dell'intenzionalità. In questo senso, come ha tra gli altri sostenuto van der Burg, Fuller stesso ricorda che il diritto ha la specifica funzione di mantenere aperti i canali di comunicazione tra i soggetti e che ciò significa qualcosa di più della semplice sopravvivenza (vedi *supra*, cap. 2)

La morale dell'intenzionalità arricchisce, tra l'altro, il senso del diritto implicito. Il rapporto che lega *implicit law* e *morality of aspiration* è, tuttavia, un argomento un po' frainteso, nonostante molti studi si siano occupati della dimensione implicita del diritto. Prevalde l'ottica di riconsiderare l'*eunomia* e la teoria dei principî dell'ordine sociale per connotare e sistematizzare adeguatamente la *inner morality of law*³⁴⁶. Ma non è una prospettiva soddisfacente. Il buon governo (*eunomia*) rappresenta, infatti, soltanto una parte della complessa esperienza giuridica, e come parte del tutto non è in grado di sintetizzare (in senso kantiano) i fondamenti della moralità procedurale del fenomeno giuridico.

Nella sfera dell'*aspiration* il diritto implicito, che identifica la dimensione tacita (che è fattuale e non ideale, a differenza di quella teorizzata da Robert Alexy³⁴⁷) del fenomeno giuridico nel suo complesso, può emergere attraverso strategie e procedimenti inventivi inizialmente non rigorosi (come quelli incentrati

³⁴⁶ In particolare, ANDREA PORCIELLO, *Principi dell'ordine sociale*, cit. e ID., *L'idea di diritto implicito*, cit. Quest'ultimo saggio, in particolare, focalizza con più precisione il tema dell'*implicit law* inteso come fondamento della connessione necessaria tra diritto e morale, ma non sembra soffermarsi adeguatamente sul ruolo centrale, per la spiegazione del diritto implicito in Fuller, della intenzionalità umana che è preliminare per lo studio di stampo teleologico indicato dal giusfilosofo americano. Anche WIBREN VAN DER BURG, *The Morality of Aspiration*, cit., p. 180 ritiene che la morale dell'intenzionalità sia particolarmente rilevante per la teoria dell'*eunomia* soprattutto per individuare la funzione specifica del fenomeno giuridico.

³⁴⁷ Sul confronto con la filosofia di Robert Alexy, si veda ANDREA PORCIELLO, *L'idea di diritto implicito*, cit., pp. 340–347, ove si evidenzia che se da un lato Fuller ed Alexy intendono dimostrare l'esistenza della dimensione implicita del diritto, dall'altro il giusfilosofo tedesco la interpreta in chiave procedurale, mentre il giusfilosofo tedesco in chiave sostanzialista.

sull'algoritmo), ma adeguati a risolvere problemi complessi, i cui risultati in ogni caso hanno bisogno di essere successivamente giustificati dal confronto con le condizioni procedurali di moralità del diritto. Non vi può essere, insomma, tutta la sfera del diritto implicito senza l'intenzionalità propria dell'agire propositivo dell'uomo.

4.5.1. Il ruolo della *morality of aspiration* si ripercuote in molteplici aspetti pratici ed in particolare in quelli relativi al ragionamento giuridico che non riguarda solo il diritto costituzionale, come visto in precedenza, ma investe anche la legislazione e l'insieme delle decisioni giudiziali (e cioè il *common law*). Proprio il campo delle decisioni giudiziali è particolarmente sintomatico³⁴⁸.

Si tratta della questione del *judge made law*, visto da Fuller come «ricerca cooperativa verso il giusto risultato», o «il prodotto dell'interazione delle diverse menti degli uomini, attraverso il quale vengono progressivamente eliminati gli effetti del pregiudizio individuale e della stupidità»³⁴⁹. Alla base del diritto formato nelle Corti di *common law* 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”³⁵⁰. Si tratta

³⁴⁸ LON L. FULLER, *Anatomy of the Law*, cit., p. 112. In particolare, si veda il paragrafo intitolato *A Philosophical Postscript*.

³⁴⁹ LON L. FULLER, *Lon Fuller to Thomas Reed Powell*, cit., p. 339.

³⁵⁰ LON L. FULLER, *The Law in Quest of Itself*, cit., p. 132

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'è³⁵¹. Dinanzi al giudicante non si palesano dei meri fatti o “fatti bruti”, semmai dei “casi”, ossia dei fatti dotati di senso in cui la distinzione tra ciò che è e ciò che *deve essere* appare fortemente attenuata³⁵². Ebbene, solo un approccio intenzionale da parte del giudice è in grado di comprendere il carattere finalizzato e propositivo dell'esperienza umana e di quella giuridica in quanto tale³⁵³. In poche parole, la logica della intenzionalità è la logica dei casi complessi [*hard cases*]³⁵⁴. 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 indistinguibili³⁵⁵. L'interpretazione del diritto non

³⁵¹ LON L. FULLER, *Anatomy of the Law*, cit., p. 96; ID., *Reason and Fiat*, cit., p. 378; ID., *Legal Fictions*, cit., p. 113.

³⁵² Tra l'altro è questa la tesi sviluppata da GUSTAVO ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, cit., pp. 179–198. In queste pagine, il riferimento al caso vivo più che al fatto morto per l'interpretazione giuridica, consentirebbe, secondo Zagrebelsky, di superare la *Grande Divisione* tra *essere* e *dover essere* propria della legge di Hume poiché l'attività del giurista si rivolgerebbe e seguirebbe le leggi di essenza.

³⁵³ LON L. FULLER, *Reason and Fiat*, cit., p. 376.

³⁵⁴ Cfr. WILLIAM POWERS JR., *Lon L. Fuller, by Robert Summers*, cit., p. 221.

³⁵⁵ La necessità di leggere il diritto “tra le righe” è espressamente affrontata da Fuller nel *Caso degli Speleologi*. Con le parole del suo *alter ego*, giudice Foster, il giusfilosofo texano distingue tra una fedeltà al diritto intelligente ed una non intelligente: «la linea argomentativa appena esposta non solleva alcuna questione di fedeltà nei confronti del diritto vigente, sebbene possa casomai sollevare questioni relative alla distinzione tra fedeltà intelligente e fedeltà non-intelligente. Nessun superiore desidera un sottoposto a cui manchi la capacità di leggere tra le righe. Anche la più stupida tra le domestiche sa benissimo che quando le viene detto di “pelare la zuppa e scremare le patate”, la sua padrona non intendeva dire ciò che ha effettivamente detto. Così come sa che quando il suo padrone le dice “molla tutto e corri qui”, non dovrebbe obbedire se intanto fosse intenta a salvare un bambino caduto dalla cisterna dell'acqua. Ebbene, sicuramente abbiamo il

può limitarsi ed essere “plain-meaning” sia che si tratti del contratto privato, sia che si parli della legge o degli stessi casi giurisprudenziali di *common law*. L’interpretazione va sempre rapportata allo scopo proprio di ogni forma relazionale considerata.

Non è affatto un’attività meccanica. Postula innanzitutto una certa responsabilità “intenzionale” da parte del giudice il quale, nel decidere i casi vivi, guarda anche al futuro³⁵⁶. 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 sociale³⁵⁷. Quest’ultimo aspetto dà conto della rilevanza della cultura per il processo ermeneutico. Fuller non segue l’impostazione della scuola del diritto naturale secondo cui la decisione del giudice è espressione di una ragione [*reason*] auto-evidente che l’interprete deve soltanto ricercare e descrivere. Né tantomeno abbraccia la visione opposta, quella giuspositivista, secondo cui in virtù della logica separazione di *fiat* (essere) e *reason* (dover essere), il ragionamento giudiziale deve confrontarsi solo con il primo eliminando ogni riferimento al secondo. Per Fuller le due posizioni si integrano tra loro. Lo si vede bene con l’applicazione del *case law*, in cui si affievolisce

diritto di aspettarci lo stesso *quantum* di intelligenza da coloro i quali applicano le norme giuridiche. Con la correzione di sviste o di palesi errori legislativi non ci si vuole sostituire alla volontà del legislatore, si vuole bensì che tale volontà divenga efficace». Cfr. LON L. FULLER, *The Case of Speluncean Explorers*, cit. La traduzione è in LON L. FULLER/ANDREA PORCIELLO, *Il caso degli speleologi*, cit., p. 58.

³⁵⁶ LON L. FULLER, *Reason and Fiat*, cit., p. 378.

³⁵⁷ *Ivi*, p. 379

inevitabilmente la distinzione tra *is* e *ought to be*³⁵⁸. Un campo interessante è quello 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 escluso³⁵⁹. 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 negoziale³⁶⁰. Fase logica e fase politica non sono che il rovescio del rapporto tra *made law* e *implicit law*³⁶¹.

³⁵⁸ *Ivi*, pp. 391–392. Tale aspetto è alla base del “principio di polarità” su cui Fuller costruisce la sua architettura ispirandosi a PETER R. TEACHOUT, *The Soul and the Fogue: An Essay on Reading Fuller*, cit., pp. 1105–1110.

³⁵⁹ Ci si riferisce all’idea formalistica o classica di Willinston, Langdell e Holmes. In particolare, la critica è rivolta a SAMUEL WILLINSTON autore della celebre *A Treatise on the Law of Contracts*, volumi 1-8, Woorhis&Co., New York, 1938 il quale avrebbe condotto la riflessione giuridica sul tema alla 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 LON FULLER, *Willinston on Contracts*, in “North Carolina Law Review”, 18, 1939, pp. 1–15.

³⁶⁰ LON L. FULLER, *Willinston on Contracts*, cit., pp. 8–9.

³⁶¹ *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. LON L. FULLER/WILLIAM R. PERDUE, *The Reliance Interest in Contract Damages, I*, cit.; ID., *The Reliance Interest in Contract Damages, 2*, cit. Secondo Fuller e Perdue, i rimedi dei contratti devono considerare gli interessi delle parti individuando tre categorie: *restitution*, *reliance* e *expectation*. La regola rimediaria tipica, la *expectation*, 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

Si potrebbe addirittura pensare in materia di contratti a una scala ascendente simile a quella che lega la morale del dovere alla morale dell'aspirazione, per elaborare al suo interno i *remedies* in caso di ingiustizia contrattuale. Gli elementi espliciti dei contratti rimandano, infatti, alle cause implicite dell'obbligo di adempimento, tra cui: l'autonomia privata; la responsabilità contrattuale sulla base dell'affidamento riposto o *reliance*; i rimendi all'ingiusto arricchimento.

E la legislazione? Fuller sintetizza le questioni più importanti in una celebre operetta intitolata *The Case of the Speluncean Explorer* (1949). È la storia di cinque giudici di un altrettanto fantasiosa Corte Suprema di Newgarth alle prese con un ipotetico caso di cannibalismo avvenuto nei primi giorni di maggio del 4299 ad opera di cinque speleologi i quali, rimasti intrappolati in una caverna durante una spedizione, decidono, in attesa dei soccorritori, di uccidere uno di loro, Roger Whetmore, cibandosi delle carni del suo cadavere. I quattro imputati vengono condannati in primo grado. C'è il secondo grado, e i pareri dei cinque membri del Collegio giudicante seguono diverse concezioni filosofiche sull'interpretazione della legge. Si passa dalla visione del *command to justice*, alla teoria puntistica del significato o *plain-meaning*, fino alla teoria propositiva dell'interpretazione. Nel primo caso, l'interprete adatta le regole ai

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 LON L. FULLER, *Consideration and Form*, cit. e ID., *Basic Contract Law*, cit.

casi concreti, restando però strettamente legato alle parole della norma. Il secondo approccio è quello tipico del giuspositivismo *à la* Hart in base al quale l'interprete attribuisce un significato alle parole alla luce dell'uso "normale" che le stesse parole hanno³⁶². Infine, il terzo approccio (è la tesi di Fuller), secondo cui, sia nei casi facili sia in quelli difficili, l'interprete deve prima di tutto indagare la *ratio* della norma. La *ratio* non è la ricerca di valori extragiuridici. Tutt'altro. In essa è sintetizzata la moralità intrinseca del diritto, ossia la moralità di procedure che stanno come condizioni kantianamente trascendentali di giuridicità. Niente di più formale, e niente ad un tempo di più sostanziale. Il diritto, infatti, è procedurale proprio perché è finalizzato all'uomo. Il giudice deve rimanere neutrale nei confronti della morale esterna al diritto, ma non può restare indifferente alla morale sua intrinseca³⁶³.

4.5.2. La morale dell'intenzionalità non incide solo sull'attività pratica (di scelta e decisione) dell'uomo in generale, o del giudice, in

³⁶² La questione è affrontata da Hart in *Positivism and the Separation*, cit., pp. 607 ss. in cui il filosofo britannico fa l'esempio del divieto di ingresso di veicoli nel parco. Hart propone una teoria interpretativa ove il diritto è caratterizzato sia da un nucleo di significato certo, sia di una "zona di penombra" ove il significato è incerto. Mentre nel primo caso non ci sarà alcuna attività creativa, nel secondo invece la creazione del diritto è giustificata. Come è noto Fuller risponde in *Positivism and Fidelity*, cit., pp. 662–664 in cui afferma che non basta una teoria puntistica del significato delle parole, ma occorre indagare le ragioni sottese alla disposizione. Così, nel caso di divieto di ingresso dei veicoli nel parco, sarà perfettamente lecito far entrare una jeep della Seconda Guerra Mondiale per erigere un monumento, in quanto non verrebbero violate le ragioni del divieto e cioè il mantenimento della sicurezza e della tranquillità del parco.

³⁶³ LON L. FULLER, *La moralità del diritto*, cit., p. 173.

particolare. Si lega altresì alla questione decisiva della validità giuridica, questione presupposta alla stessa attività di *ius dicere* del giudice.

Diversamente da una concezione formalistica, la validità è vista da Fuller come una questione di grado in cui non è possibile individuare un *test* formale che distingua nettamente il diritto dal non-diritto. Non solo. Il ruolo delle regole espresse dell'ordinamento è meno determinante di quello di regole implicite e inespresse in grado di mettere insieme la volontà con la ragione scoperta dal giudice³⁶⁴.

Il tema era stato affrontato da Radbruch con la sua celebre formula finita al centro del dibattito fra Fuller e Hart. La tesi di Radbruch può essere così sintetizzata: se la legge positiva raggiunge la soglia di ciò che è intollerabile (e cioè odiosamente ingiusto), allora non è legge³⁶⁵. Che cos'è, allora, l'estrema ingiustizia? Secondo Radbruch la si potrebbe, ad esempio, identificare con le leggi razziali. Fuller fornisce dal canto suo una risposta inusuale che non implica tesi cognitiviste sul piano etico. La moralità del diritto non è esterna, né si contrappone come un insieme di valori che il diritto deve realizzare dal di fuori. La moralità è implicita al diritto stesso. Lo è a partire da ciò che è meno sostanziale: le procedure. È una morale procedurale del diritto. Formale come sono formali le procedure, ma nello stesso

³⁶⁴ LON L. FULLER, *Anatomy of the Law*, cit., pp. 87–99; ID., *The Problems of Jurisprudence*, cit., p. 641.

³⁶⁵ GUSTAV RADBRUCH, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, cit., pp. 105–108.

tempo ricca di contenuti perché traduce l'imperativo ultimo di rispettare reciprocamente ogni uomo³⁶⁶. E a mantenere l'integrità tra ciò che è esplicito e ciò che è implicito non può che esservi l'attività cooperativa e finalizzata del giudice. Attività orientata, appunto, dalla *morality of aspiration*.

A lasciare insoddisfatti molti critici vi è sicuramente la difficoltà a indicare esattamente una linea che separi la morale del dovere da quella dell'intenzionalità, o, quantomeno, l'assenza di un criterio per individuarla. D'altronde, è lo stesso filosofo ad ammetterlo, consapevole dell'impossibilità a indicare confini matematicamente tracciabili o calcolabili³⁶⁷. Probabilmente neppure interessa una tematizzazione esclusiva della giustizia.

Invero, è proprio il labile confine tra le due morali a caratterizzare l'approccio flessibile della moralità intrinseca in ogni processo interazionale ed in qualsiasi attività umana finalizzata³⁶⁸ come il

³⁶⁶ È interessante qui riportare un argomento di ANDREA PORCIELLO, *L'idea del diritto implicito*, cit., p. 345 sulla pena di morte svolto a partire da Fuller. Secondo Porciello, infatti, nella prospettiva fulleriana, e senza scomodare «ingombranti giustificazioni morali» l'azione legislativa in tema di pena di morte sarebbe immorale e anti-giuridica ogni qual volta violi il patto di reciprocità che sta alla base dei rapporti sociali e istituzionali.

³⁶⁷ LON L. FULLER, *La moralità del diritto*, cit., pp. 17–21. Qui l'Autore pur ammettendo le difficoltà nel (rin)tracciare una linea di demarcazione tra le due morali, sostiene che non c'è bisogno di conoscere alla perfezione la bontà di qualche cosa per non indirizzare il comportamento verso il bene. In questo senso il valore etico di "buono" afferirebbe più all'intuizione tipica della morale dell'intenzionalità, che alla logica del dovere.

³⁶⁸ In questo senso, analizzando il ruolo che la morale dell'intenzionalità ha nei processi decisionali in ogni campo di esperienza come quello medico, il saggio di WIBREN VAN DER BURG, *The Morality of Aspiration*, cit., p. 173: «Fuller argues that the morality of aspiration and the morality of duty strictly distinct, but rather belong on a continuum. If someone's professional morality is too idealistic and the

diritto. La *morality of aspiration* è necessariamente sfumata (e per gradi) sia in sé, sia fuori di sé con la morale del dovere.

4.6. Il soggetto è l'intero corollario dell'impianto teorico in *The Morality of Law*³⁶⁹. Ma chi è il soggetto-agente responsabile? Ci avviciniamo così a un'ultima questione. Nel saggio del 1955 *Freedom: a Suggested Analysis*, Fuller lo definisce come «creatura vivente, capace di azione propositiva»³⁷⁰. È sostanzialmente l'idea dell'uomo come fine e non semplice mezzo, dell'uomo come fine in sé, capace di comprendere, produrre e seguire norme³⁷¹. La moralità intrinseca del diritto serve proprio a preservare la soggettività umana

morality of duty is underdeveloped, the risk may be that she too easily violates essential minimum norms. A doctor devoted to finding a cure for cancer might thus sacrifice the interests and even the lives of individual patients. On the other hand, a doctor who only sticks to the minimum rules and protocols may miss the flexibility to give each patient what he really needs [...]. It is important to find the right place, beyond which further regulation is useless or even counterproductive. If the pointer is too low on the scale (which means that we formulate too few standards and rules for the medical profession), this may lead to serious neglect of some of the patient's interests, just because the doctor sacrifices them to some higher aspiration such as the progress of medical science».

³⁶⁹ *Ivi*, pp. 210 ss.

³⁷⁰ LON L. FULLER, *Freedom: A Suggested Analysis*, cit., p. 1307. Sul concetto di "agente responsabile" nella teoria di Fuller, si veda RONALD DWORKIN, *Philosophy, Morality and Law – Observation Prompted by Professor Fuller's Novel Claim*, in "University of Pennsylvania Law Review", 113, 1965, pp. 672 ss.; JAMIE CASSELS, *Lon Fuller, Liberalism and the Limits of Law*, cit., p. 334; KENNETH I. WINSTON, *Legislators and Liberty*, cit., pp. 393–418; MATTHEW H. KRAMER, *Scrupulousness Without Scruples: a Critique of Fuller and His Defenders*, in "Oxford Journal of Legal Studies", 18(2), 1998, pp. 239, 244; COLLEN MURPHY, *Lon Fuller and the Moral Value of the Rule of Law*, cit., pp. 250–251; PHILIP MULLOCK, *The Inner Morality of Law*, in "Ethics", 84(4), 1974, pp. 329, 331; DAVID LYONS, *Ethics and the Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1984, pp. 75–78.

³⁷¹ LON L. FULLER, *La moralità del diritto*, cit., p. 211

e la libertà di scelta in base ai vincoli di reciprocità e tutela della dignità³⁷². Elementi che si pongono alla base del processo di «regolare le leggi alle esigenze implicite e ai valori della società a cui sono applicate»³⁷³.

Il presupposto è un «potere di autodeterminazione»³⁷⁴ del soggetto in grado effettivamente di agire liberamente. Non è, però, una libertà incondizionata. Le condizioni sono intrinseche alla stessa esperienza giuridica e si rinvergono nella reciproca dipendenza o interazione su cui è costruita ogni relazione umana³⁷⁵. Il diritto con i suoi principî formali ne assicura l'effettività. In questo senso, accettare l'idea della moralità intrinseca del diritto, da un lato impone di non ridurre

³⁷² In questo senso, ALESSANDRO DAL BROLLO, *op. cit.*, p. 32 secondo cui la moralità intrinseca persegue il fine di considerare le persone come agenti responsabili. Si deve pure segnalare che oltre e con Fuller, molti filosofi hanno evidenziato il ruolo che la concezione della persona come agente responsabile, implicita nella legalità, ha per l'idea stessa di legalità, rigettando la visione del *rule of law* come mero strumento per il perseguimento efficace di obiettivi. Waldron, ad esempio, connette il concetto di persona implicita alla legalità nel concetto di reciprocità (Cfr. JEREMY WALDRON, *Why Law – Efficacy, Freedom or Fidelity?*, cit., p. 259). Analogamente, anche Murphy evidenzia la necessità dei governanti di trattare il cittadino come agente responsabile (COLLEN MURPHY, *Lon Fuller and the Moral Value of the Rule of Law*, cit., p. 250). Si veda ancora JAMIE CASSELS, *Lon Fuller, Liberalism and the Limits of Law*, cit., pp. 334, 336–337; DANIEL BRUDNEY, *Two Links of Law and Morality*, cit., p. 283.

³⁷³ LON L. FULLER, *Anatomy of the Law*, cit., p. 59: «adjusting the statute to the implicit demands and values of the society to which it is to be applied» (trad. mia).

³⁷⁴ LON L. FULLER, *La moralità del diritto*, cit., p. 211.

³⁷⁵ Questi argomenti sono in LON L. FULLER, *A Reply to Professors Cohen and Dworkin*, cit., p. 661. In questi passaggi Fuller si ispira alla teoria di JEAN PIAGET, *Le jugement moral chez l'enfant*, Presses Universitaires de France, Paris, 1932 (traduzione italiana di Guido Petter, *Il giudizio morale del bambino*, Giunti, Milano, 2009), opera presa più volte in considerazione da Fuller per sviluppare l'idea di “moralità intrinseca” dei giochi a partire dall'analisi della capacità spontanea dei bambini di comprendere subito le forme istituzionali che rendono il gioco giocabile.

l'esperienza giuridica ad emanazione unilaterale del potere, dall'altro promuove l'interazione reciproca fra chi crea le leggi e chi vi è "soggetto". Ognuno assume la propria responsabilità nei confronti dell'altro.

Questo ruolo centrale del soggetto in grado di autodeterminarsi si riflette, oltre che sulla soluzione pratica di casi difficili (*hard cases*), anche sulla questione fondamentale della validità o meno della legge. È solo nell'umano l'aspirazione alla massima perfezione nella legalità³⁷⁶.

³⁷⁶ In questo senso, solo l'euristica della *morality of aspiration*, capace di afferrare l'idea di "bene" può spiegare i meccanismi, radicati autenticamente nel soggetto, che fondano la complessità giuridica. Su tale aspetto, con specifico riferimento ad una visione del diritto che si contrappone alla logica dell'algoritmo, si richiama il seguente passo di Fuller: «nel cangiante mondo dei fatti, così come nel mutevole mondo del diritto, l'essere e il dover essere sono fusi in modo inseparabile. Il risultato è consistito in un'evidente preferenza per quei fatti che possono essere rappresentati staticamente e graficamente; un'apparente oggettività è stata così acquistata al costo di sacrificare significativamente la realtà. 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 separazione tra essere e dover essere considerata così importante per il diritto». LON L. FULLER, *Il diritto alla ricerca di se stesso*, cit., p. 84.

5. Considerazioni conclusive

L'opera di Fuller è senza dubbio al centro del pensiero contemporaneo che non si rassegna alla dicotomia profonda tra fatti e valori, tra *essere* e *dover essere*. La tesi 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. Il quadro dipinto in queste pagine, però, ha tutt'altra direzione. 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.

Come escludere, allora, il male? Ecco una vera *Grundfrage*. Anche la grandiosa macchina delle procedure produce il male. È l'interrogativo principale di Hart. 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 di tipo manageriale 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, come si è visto, dipende strutturalmente dall'alterità. Non si fonda solo su chi lo possiede. Ha bisogno per essere effettivo della partecipazione dialettica di ogni *agente responsabile*. Non è mai cioè *ab-solutus*. 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). Le procedure stanno ad assicurare tale validità.

Due almeno i sensi delle 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, gli otto principî rappresentano quantomeno le condizioni minime di un ordine sociale che sia moralmente "buono". *Minima moralia*.

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 della moralità procedurale non solo conduce a un ordine "cattivo" (o semplicemente a un "non-ordine"), ma finisce soprattutto per negare

il valore fondamentale della libertà e della dignità umana, al di là di ogni divergenza culturale. Lo si vede 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 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. Possiamo sintetizzarlo 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.

Pur se condizionata dalla tradizione giuridica di *common law*, la metodologia procedurale del diritto è indubbiamente feconda anche per i sistemi di *civil law*. Parto dall'epilogo.

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 contrattuale³⁷⁷. 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 concrete³⁷⁸. 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 particolari³⁷⁹. Con le clausole generali – in cui si può registrare un'eccedenza "assiologica" rispetto ai contenuti normativi abituali, per citare Emilio Betti³⁸⁰ –, al giudice è demandato il compito di integrare il dettato normativo con un apporto valutativo *quantitativamente* e *qualitativamente* diverso

³⁷⁷ 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*.

³⁷⁸ LUIGI LOMBARDI VALLAURI, *Corso di filosofia del diritto*, cit., pp. 36–38

³⁷⁹ KARL ENGISCH, *Introduzione al pensiero giuridico*, Giuffrè, Milano, 1970, pp. 196 ss.

³⁸⁰ Il sintagma "eccedenza assiologica" è ricorrente in EMILIO BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1949.

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.

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, 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. Qui la buona fede *corregge* "intenzionalmente" il contratto: si tratta della disciplina dell'*hardship*, richiamata sempre più frequentemente nei rapporti internazionali. 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 adempimento³⁸¹.

Nella sfera dell'*aspiration*, il diritto implicito fa emergere strategie e procedimenti inventivi che non poggiano semplicemente sul geometrale 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.

³⁸¹ OTFRIED HÖFFE, *Globalizzazione e diritto penale*, 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 ANTONIO INCAMPO/WOJCIECH ŻELANIEC (eds.), *Universality of Punishment*, Cacucci, Bari, 2015.

*Indicazioni bibliografiche*³⁸²

i. Opere di Lon L. Fuller.

The Law in Quest of Itself, Northwestern University Press, Evanston, 1940 (ristampe Beacon Press, Boston, 1966; AMS, New York, 1978; The Lawbook Exchange, New Jersey, 1999–2012).

Basic Contract Law, West Publishing Company, St. Paul. Minn., 1947 (ristampe con P. Braucher, West Publishing Company, St. Paul. Minn., 1964; con M.E. Eisenberg, West Publishing, St. Paul. Minn., 1972–2001; con M.E. Eisenberg, Thomson West, New York, 2006; con M.E. Eisenberg/M.P. Gersen, Thomson West, New York, 2013).

The Problems of Jurisprudence, Temporary Edition, Foundation Press, New York, 1949.

³⁸² La struttura della presente bibliografia riprende, con alcune integrazioni, quella elaborata da Robert S. Summers, *Lon L. Fuller*, Edward Arnold, London, 1984. In questo modo si intende offrire un elenco di testi diviso per generi e ordinato per date: non una linea temporale, ma essenzialmente evolutiva che tenga conto anche dei vari generi letterari con cui il giusfilosofo si è misurato nella sua vasta produzione scientifica, non solo filosofica. Con *Meta-bibliografia* indico, invece, tutti i contributi considerati per l'interpretazione al contempo critica e fenomenologica del pensiero fulleriano, testi che sono dunque collegati direttamente o indirettamente alle tematiche centrali per la ricerca.

The Morality of Law, Yale University Press, New Haven, 1964; rev. ed. 1969; traduzione italiana a cura di Alessandro Dal Brollo: *La moralità del diritto*, Giuffrè, Milano, 1986.

Legal Fictions, Stanford University Press, Stanford, 1967.

Anatomy of the Law, Britannica Perspectives, Chicago, 1968; pubblicato anche con Praeger, New York, 1968 (ristampe New American Library, New York, 1969; Harmondsworth, Penguin Books, 1971; Greenwood Press, Westport, 1976).

The Principles of Social Order. Selected Essays of Lon L. Fuller, Duke University Press, Durham, 1981. Seconda edizione: *The Principles of Social Order – Collected Essays of Lon L. Fuller* (edited with an introduction by Kenneth I. Winston), Hart Publishing, Oxford, 2001².

i.2. Articoli.

Adverse Possession – Occupancy of Another’s Land under Mistake as to Location of a Boundary, in “Oregon Law Review”, 7(4), 1928, pp. 329–339.

Legal Fictions, in “Illinois Law Review”, 25(4), 1930-1931, pp. 363–399.

Legal Fictions, in “Illinois Law Review”, 25(5), 1930-1931, pp. 513–546.

Legal Fictions, in “Illinois Law Review”, 25(6), 1930-1931, pp. 977–910.

The Legal Mind, in “Atlantic Monthly”, 152, 1933, pp. 85–94.

What Motives Give Rise to the Historical Legal Fiction? in Aa.Vv., *Recueil d'études e l'honneur de François Geny*, Tomo II, Capitolo VIII, Libraire du Recueil Sirey, Paris, 1934, pp. 157–176.

American Legal Realism, in “University of Pennsylvania Law Review”, 82(5), 1934, pp. 429–462, ripubblicato in “Proceedings of American Philosophical Society”, 76, 1936, pp. 191–235.

The Special Nature of the Wage-Earner's Life Insurance Problem, in “Law and Contemporary Problems”, 2(1), 1935, pp. 10–48 e “Foreward”, pp. 1–2.

The Reliance Interest in Contract Damages, 1, in “Yale Law Journal”, 46, 1936, pp. 52–59 (con William R. Perdue Jr.).

The Reliance Interest in Contract Damages, 2, in “Yale Law Journal”, 46(3), 1937, pp. 373–420 (con William R. Perdue Jr.).

Williston on Contracts, in “North Carolina Law Review”, 18, 1939, pp. 1–15.

My Philosophy of Law, in Aa.Vv., *My Philosophy of Law. Credos of Sixteen American Scholars*, Boston Book Co., Boston, 1941, pp. 113–125.

Consideration and Form, in “Columbia Law Review” 41(5), 1941, pp. 799–824.

Reason and Fiat in Case Law, in “Harvard Law Review”, 59, 1946, pp. 376–395 (già in Stanford Press, New York, 1943).

Objectives of Legal Education, in “Record of New York City Bar Association”, 2, 1947, pp. 120–127.

- What the Law Schools can Contribute to the Making of Lawyers*, in “Journal of Legal Education”, 1, 1948, pp. 189–204.
- The Place and Uses of Jurisprudence in the Law School Curriculum*, in “Journal of Legal Education”, 1, 1948, pp. 495–507.
- Introduction*, in Magdalena Schoch (ed.), *The Jurisprudence of Interests*, 2, Harvard University Press, Cambridge, 1948, pp. I–XXXII.
- The Case of the Speluncean Explorers*, in “Harvard Law Review”, 62(4), 1949, pp. 616–645; traduzione italiana: *Il caso degli speleologi*, in M. Cattaneo (a cura di), *Lecture di Filosofia del diritto. Ad uso degli studenti*, Cooperativa Libreria Universitaria Torinese Editrice, Torino (manca l’anno di pubblicazione); traduzione italiana a cura di Andrea Porciello, in Id., *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, pp. 47–83.
- Pashukanis and Vyshinsky: A Study in the Development of Marxian Legal Theory*, in “Michigan Law Review”, 47, 1949, pp. 1157–1166.
- On Teaching Law*, in “Stanford Law Review”, 3(1), 1950, pp. 35–47.
- What is the Bar Examination Intended to Test?*, in “Bar Examiner”, 20, 1951, pp. 3–120
- Legal Education and Admission to the Bar in Pennsylvania*, in “Temple Law Quarterly”, 25(3), 1952, pp. 249–300.

- American Legal Philosophy at Mid-Century*, in “Journal of Legal Education”, 6(4), 1954, pp. 457–485.
- Some Reflections on Legal and Economic Freedoms – A Review of Robert L. Hale’s “Freedom through Law”*, in “Columbia Law Review”, 54, 1954, pp. 70–82.
- Role of the Lawyer in Labor Relations*, in “American Bar Association Journal”, 41, 1955, pp. 342–345.
- The Philosophy of Codes of Ethics*, in “Electrical Engineering”, 74, 1955, pp. 916–918.
- Freedom: A Suggested Analysis*, in “Harvard Law Review”, 68(8), 1955, pp. 1305–1325; traduzione italiana a cura di Piero Sella: *La libertà: saggio di un’analisi*, in “Jus”, 8, 1957, pp. 236–252.
- A Memorandum on the Teaching of Law*, in Harold J. Berman (ed.), *On the Teaching of Law in the Liberal Art Curriculum*, Foundation Press, New York., 1956.
- Human Purpose and Natural Law*, in “Journal of Philosophy”, 53(22), 1956, pp. 697–705 (ripubblicato in “Natural Law Forum”, 3, 1958, pp. 68–76).
- A Rejoinder to Professor Nagel*, in “Natural Law Forum”, 3, 1958, pp. 83–104.
- Positivism and Fidelity to Law. A Reply to Professor Hart*, in “Harvard Law Review”, 71, 1958, pp. 630–672; traduzione italiana: *Il positivismo e la fedeltà al diritto. Una replica ad Hart*, in Aldo Schiavello/Vito Velluzzi (a cura di), *Il positivismo*

- giuridico contemporaneo. Una antologia*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 136–170.
- Professional Responsibility: Report of the Joint Conference*, with J.D. Randall, in “American Bar Association Journal”, 44, 1958, pp. 1159–1162, 1216–1218.
- Government Secrecy and The Forms of Social Order*, in “Nomos”, II, 1959, pp. 256–268.
- Adjudication and the Rule of Law*, in «American Society for International Law Proceedings», 54, 1960, pp. 1–8.
- The Case for Nixon*, in “New York Herald Tribune”, Section 2, 1960, p. 3.
- The Academic Lawyer’s “House of Intellect”*, in “Journal of Legal Education”, 14, 1961, pp. 153–163.
- The Adversary System*, in Harold J. Berman (ed.), *Talks on American Law*, Vintage Books, New York, 1961.
- Collective Bargaining and the Arbitrator*, in “Wisconsin Law Review”, 1, 1963, pp. 3–46.
- Christopher Columbus Langdell*, in “Encyclopaedia Britannica”, 13, 1963, p. 689.
- La philosophie du droit aux Etats-Unis*, in “Les Etudes Philosophiques”, 12, 1964, pp. 559–568.
- Irrigation and Tyranny*, in “Stanford Law Review”, 17, 1965, pp. 1021–1042 (ripubblicato in *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, 2001², pp. 207–229).

Jurisprudence, in *Encyclopaedia Britannica*, 13, 1965, p.149.

A Reply to Professors Cohen and Dworkin, in “Villanova Law Review”, 10, 1965, pp. 655–666.

An Afterword: Science and the Judicial Process, in “Harvard Law Review”, 79, 1966, pp. 1604–1628 (ripubblicato in *Social Science Approaches to the Judicial Process*, Da Capo Press, New York, 1971).

Oliver Wendell Holmes Jr., *The Path of the Law*, in D. Boorstin (ed.). *An American Primer*, University of Chicago Press, Chicago, 1966.

Freedom as a Problem of Allocating Choice, in «Proceedings of the American Philosophical Society», 112(2), 1968, pp. 101–106.

Some Observations on the Course in Contracts, in “Journal of Legal Education”, 20, 1968, pp. 482–484.

Some Unexplored Social Dimensions of the Law, in A.E. Sutherland (ed.), *Path of the Law*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1968, pp. 57–69.

Two Principles of Human Association, in “Nomos”, XI, 1969, (ripubblicato in *The Principles of Social Order – Collected Essays of Lon L. Fuller*, Hart Publishing, Oxford, 2001², *Two Principles of Human Association*, pp. 81–99).

The Law’s Precarious Hold on Life, in “Georgia Law Review”, 3, 1969, pp. 530–545.

Human Interaction and the Law, in “American Journal of Jurisprudence”, 14, 1969, pp. 1–35 (parzialmente ripubblicato in “Sociological Inquiry”, 47, 1977, pp. 59–91; ripubblicato in *The Principles of Social Order – Collected Essays of Lon L. Fuller*, Hart Publishing, Oxford, 2001², pp. 141–173).

Mediation – Its Forms and Functions, in “Southern California Law Review”, 44(2), 1971, pp. 305–339 (ripubblicato in *The Principles of Social Order – Collected Essays of Lon L. Fuller*, Hart Publishing, Oxford, 2001², pp. 141–173).

The Justification of Legal Decisions, in «Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie», 7, 1972, pp.77–89.

Law as Instrument of Social Control and Law as Facilitation of Human Interaction, in «Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie», 8, 1974 (ripubblicato in «Bingham Young University Law Review», 1, 1975, pp. 89–96).

Law and Morality, a contribution to «Moral Choices in Contemporary Society: Newspaper Articles for the Sixth Course by Newspaper», N.E.H. Project coordinated by Philip Rieff, University of California, San Diego, 1976.

Some Presuppositions Shaping the Concepts of Socialization, in J.L. Tapp, F.J. Levine (eds.), *Law, Justice and the Individual in Society: Psychological and Legal Issues*, Rinehart & Winston, New York, 1977.

The Forms and Limits of Adjudication, in “Harvard Law Review”, 92(2), 1978, pp. 353–400, pubblicato anche in *The Principles of*

Social Order – Collected Essays of Lon L. Fuller, Hart Publishing, Oxford, 2001², pp. 101–139.

The Implicit Laws of Lawmaking in Id., *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, 2001², pp. 175–185.

Letter from Lon Fuller to Thomas Reed Powell, in Id., *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, 2001², pp. 331–341.

Means and Ends, in Id., *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, 2001², pp. 61–78.

The Case Against Freedom, in Id., *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, 2001², pp. 316–327.

The Lawyer as an Architect of Social Structures, in Id., *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, 2001², pp. 285–291.

The Needs of American Legal Philosophy, in Id., *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, 2001², pp. 269–283.

The Role of Contract in the Ordering Processes of Society Generally, in Id., *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, 2001², pp.187–205.

On Legal Education, in Id., *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, 2001², pp. 293–303.

Philosophy for the Practicing Lawyer, in Id., *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, 2001², pp. 305–313.

i.3. Recensionii.

Bibliographie der Rechtsvergleichenden Literatur, by Erich-Hans Kaden, by Erich-Hans Kaden, in “Illinois Law Review”, 26, 1931, pp. 482–484.

- Die Bereinchrungschaffung im Angloamerikanischen Rechts-kreis in Vergleichung mit dem Deutschen Buergerlichen Recht*, by Dr. Wolfgang Friedmann, Book Reviews, in “Illinois Law Review”, 26, 1931, pp. 482–484.
- Bentham’s Theory of Fictions*, by C.K. Ogden, Book Review, in “Harvard Law Review”, 47, 1933, pp. 367–370.
- Präjudizienrecht und Rechtsprechung in America*, by K.N. Llewellyn, Book Review, in “University of Pennsylvania Law Review”, 82, 1934, pp. 551–553.
- Die Struktur des vertraglichen Schuldverhältnisses im angloamerikanischen Recht*, by Dr. M. Rheinstein, Book Review, in “Columbia Law Review”, 35, 1935, pp. 140–144.
- Readings in Jurisprudence*, by J. Hall, Book Review, in “University of Pennsylvania Law Review”, 87, 1939, pp. 625–627.
- The formative Era of American Law*, by R. Pound, Book Review, in “Illinois Law Review”, 34, 1939, pp. 372–374.
- Jurisprudence*, by E. Bodenheimer, Book Review, in “Columbia Law Review”, 41, 1941, pp. 965–967.
- Historical Introduction to the Theory of Law*, by J. W. Jones, Book Review, in “Harvard Law Review”, 55, 1941, pp. 160–163.
- A Dialectic of Morals: Toward the Foundations of Political Philosophy*, by M.J. Adler, Book Review, in “University of Chicago Law Review”, 9, 1942, pp. 759–761.
- Some Reflections on Jurisprudence*, by W.W. Buckland, Book Review, in “Harvard Law Review”, 59, 1946, pp. 826–829.

- A Textbook of Jurisprudence*, by G. W. Paton, Book Review, in “Harvard Law Review”, 61, 1948, pp. 383–385.
- Lawyers, Law Schools and the Public Service*, by E.L. Brown, Book Review, in “Harvard Law Review”, 62, 1948, pp. 155–158.
- Jurisprudence. Its American Prophets*, by H.G. Reuschlein, Book Review, in “Louisiana Law Review”, 12, 1952, pp. 531–535.
- Topik und Jurisprudenz*, by T. Viehweg, Book Review, in “Natural Law Forum”, 10, 1965, pp. 236–238.
- Society and the Legal Order*, by R.D. Schwartz, J.H. Skolnick, Book Review, in “Harvard Law Review”, 85, 1971, pp. 523–526.

i.4. Traduzioni.

- Mackewicz H., *German Law of Alimony Before and Under National Socialism*, in “Law and Contemporary Problems” 6, 1939, pp. 301–318.

ii. Meta-bibliografia.

- Aa. Vv., *The Case of the Speluncean Explorers: Contemporary Proceedings*, in “George Washington Law Review”, 61(6), 1993, pp. 1754–1811.
- Adorno, Theodor W., *Minima moralia*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1951.

- Aigler, Ralph W., *Legislation in Vague or General Terms*, in “Michigan Law Review”, 21, 1922, pp. 831–851.
- Alexy, Robert, *The Dual Nature of Law*, in “Ratio Juris”, 23(2), 2010, pp. 167–182.
- Anonimo, *The Void-for-Vagueness Doctrine in the Supreme Court. A Means to an End*, in “University of Pennsylvania Law Review”, 109, 1960, pp. 67–116.
- Antoniolli Deflorian, Luisa, *Il precedente giudiziario come fonte del diritto nell’esperienza inglese*, in “Rivista di diritto civile”, I, 1993, pp. 133–204.
- Austin, John, *The Province of Jurisprudence Determined and the Uses of the Study of Jurisprudence*, The Noonday Press, New York, 1954.
- Austin, John, *Lectures on Jurisprudence, or, the Philosophy of Positive Law*, Henry Holt, New, York, 1975.
- Baker, John H., *An Introduction to English Legal History*, Butterworths, London, 1990³.
- Barberis, Mauro, *Breve storia della filosofia del diritto*, Il Mulino, Bologna, 2004.
- Bergson, Henri, *Le due fonti della morale e della religione*, Laterza, Roma/Bari, 2020³.
- Betti, Emilio, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1949.

- Bix, Brian, *Jurisprudence: Theory and Context*, Westview Press, Boulder, 1996; traduzione italiana a cura di Andrea Porciello: *Teoria del diritto. Idee e contesti*, Giappichelli, 2016.
- Black, Henry C., *Handbook on the Law of Judicial Precedent: Or, the Science of Case Law*, St. Paul (Minn.), West Publishing Company, 1912.
- Blackstone, William, *Commentaries on the Laws of England*, Vol. I, University Chicago Press, Chicago, 1979⁵.
- Bobbio, Norberto, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Comunità, Milano, 1965.
- Boyle, James, *Legal Realism and the Social Contract: Fuller's Public Jurisprudence of Form, Private Jurisprudence of Substance*, in "Cornell Law Review", 78, 1993, pp. 371–400.
- Brandt, Richard B., *Ethical Theory: The Problems of Normative and Critical Ethics*, Prentice Hall, New Jersey, 1959.
- Brudney, Daniel, *Two Links of Law and Morality*, in "Ethics", 103, 1993, pp. 280–301.
- Callegari, Alessandra, *Liberalismo, Rule of Law. Diritto nel pensiero di Lon L. Fuller*, Aracne, Roma, 2013.
- Campanale, Domenico, *Per una fondazione onto-assiologia del diritto*, FrancoAngeli, Milano, 1986.
- Cane, Peter (ed.), *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*, Hart Publishing, Oxford, 2010.
- Carcattera, Gaetano, *Il problema della fallacia naturalistica. La derivazione del dover essere dall'essere*, Giuffrè, Milano, 1969.

- Cassels, Jamie, *Lon Fuller: Liberalism and the Limits of Law*, in “The University of Toronto Law Journal”, 36(3), 1986, pp. 318–341.
- Catania, Alfonso, *Manuale di teoria generale del diritto*, Laterza, Roma-Bari, 2010⁴.
- Celano, Bruno, *Dialettica della giustificazione pratica. Saggio sulla legge di Hume*, Giappichelli, Torino, 1994.
- Celano, Bruno, *Giusnaturalismo, positivismo giuridico e pluralismo etico*, in “Materiali per una storia della cultura giuridica”, 1, 2005, pp. 161–184
- Chiassoni, Pierluigi, *Finzioni giudiziali. Progetto di voce per un vademecum giuridico*, in Paolo Comanducci/ Riccardo Guastini (a cura di), *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 2001, pp. 71–94.
- Christie, George C., *Jurisprudence: Text and Readings on the Philosophy of Law*, West Publishing Co., St. Paul (Minn.), 1973.
- Clemence, Richard V., *Readings in Economic Analysis*, I, Addison Wesley, Boston, 1950.
- Cliteur, Paul, *Fuller’s Faith*, in Willem J. Witteveen/Wibren Van Der Burg (eds.), *Rediscovering Fuller: Essays on Implicit Law and Institutional Design*, Amsterdam University Press, Amsterdam, 1999, pp. 100–123.
- Coleman, Jules L., *Negative and Positive Positivism*, in Id., *Markets, Morals and the Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988.

- Conte, Amedeo G., *Minima deontica*, in “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, 65, 1988, pp. 427–475. Riedizione in: Id., *Filosofia del linguaggio normativo, II. Studi 1982-1994*, Giappichelli, Torino, pp. 355–407.
- Conte, Amedeo G., *Validità*, in “Novissimo digesto italiano”, XX, Utet, Torino, 1974, pp. 418–425.
- Cotta, Sergio, *Filosofia e scienza del diritto a proposito del pensiero di Oliver W. Holmes*, in “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, 1, 1954, pp. 17–27.
- Cotta, Sergio, *Giustificazione e obbligatorietà delle norme*, Giuffrè, Milano, 1981.
- Cotta, Sergio, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Giuffrè, Milano, 1991.
- Covell, Charles, *Lon L. Fuller and the Defence of Natural Law*, in Id., *The Defence of Natural Law. A study of the Ideas and Justice in the Writings of Lon L. Fuller, Michael Oakeshot, F.A. Hayek, Ronald Dworkin and John Finnis*, Macmillan, London, 1992, pp. 30–70.
- Dahl, Robert A./Lindblom, Charles E., *Politics, Economics and Welfare*, The University of Chicago Press, Chicago, 1953.
- Dal Brollo, Alessandro, *Moralità del diritto. Assiologia e diritto nel pensiero di Lon. L. Fuller*, Bulzoni, Roma, 1986.
- Del Vecchio, Giorgio, *Justice: An Historical and Philosophical Essay*, Edimburg University Press, Edimburg, 1952.

- Devlin, Patrick A., *The Enforcement of Morals*, Oxford University Press, Oxford, 1965.
- Dogliani, Mario, *(Neo)costituzionalismo: un'altra rinascita del diritto naturale? Alla ricerca di un ponte tra neocostituzionalismo e positivismo metodologico*, in "Costituzionalismo.it", 2, 2010.
- Duff, Antony, *Legal Obligation and the Moral Nature of Law*, in "Juridical Review", 61, 1980, pp. 61–87.
- Dworkin, Ronald, *The Elusive Morality of Law*, in "Villanova Law Review", 10(4), 1965, pp. 631–639.
- Dworkin, Ronald, *Hart's Postscript and the Character of Political Philosophy*, in "Oxford Journal of Legal Studies", 24(1), 2004, pp. 1–37.
- Dyzenhaus, David, *Fuller's Novelty*, in Willem J. Witteveen/Wibren Van Der Burg (eds.), *Rediscovering Fuller: Essays on Implicit Law and Institutional Design*, Amsterdam University Press, Amsterdam, 1999, p. 78–99.
- Dyzenhaus, David, *The Grudge Informer Case Revised*, in "New York University Law Review", 83(4), 2008, pp. 1000–1034.
- Eisenberg, Melvin A., *Partecipazione, Responsiveness, and the Consultative Process: An Essay for Lon Fuller*, in "Harvard Law Review", 92(2), 1978, pp. 410–432.
- Engisch, Karl, *Introduzione al pensiero giuridico*, Giuffrè, Milano, 1970.
- Fassò, Guido, *Storia della filosofia del diritto, III*, Laterza, Roma-Bari, 2006.

- Ferrajoli, Luigi, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, in “Giurisprudenza costituzionale”, 3, 2010, pp. 2771–2816.
- Findley, John N., *Values and Intentions: A Study in Value-theory and Philosophy of Mind*, Allen & Unwin, Crows Nest, 1961.
- Finnis, John, *Legge naturale e diritti naturali*, Giappichelli, Torino, 1996.
- Frosini, Vittorio, *Filosofia e Giurisprudenza. Tre saggi*, Catania, Edizioni Muglia, 1953.
- Frosini, Vittorio, *Giurisprudenza e Filosofia negli Stati Uniti*, in “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, 5-6, 1954, pp. 763–766.
- Fuselli, Stefano, *Al di là di ogni ragionevole dubbio: profili logici ed epistemologici*, in Antonio Incampo/Adolfo Scalfati (a cura di), *Diritto penale e ragionevole dubbio*, Bari, Cacucci, pp. 49–62.
- Galloway, Donald G., *The Axiology of Analytical Jurisprudence*, in Thomas W. Bechtler (ed.), *Law in a social Context: Liber Amicorum Honouring Professor L.L. Fuller*, Kluwer, Deventer, 1978, pp. 49–98.
- Gambaro, Antonio/Rodolfo, Sacco, *Sistemi giuridici comparati*, Torino, Utet, 2010³.
- Goodhart, Arthur L., *Case Law in England and America*, in “Cornell Law Review”, 15, 1930, pp. 173–193.
- Goodhart, Arthur L., *Essays in Jurisprudence and the Common Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1931.

- Green, Leslie, *Positivism and the Inseparability of Law and Morals*, in “New York University Law Review”, 83(4), 2008, pp. 1035–1058.
- Griswold, Erwin N., *Lon Luvois Fuller. 1902-1978*, in “Harvard Law Review”, 92(2), 1978, pp. 351–352.
- Harrod, Roy F., *Scope and Method of Economics*, in “The Economic Journal”, 48(191), 1938, pp. 383–412.
- Hart, Herbert L.A., *Positivism and the Separation of Law and Morals*, in “Harvard Law Review”, 71(4), 1958, pp. 593–629; traduzione italiana: *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, in Id., *Contributi all’analisi del diritto*, Giuffrè, Milano, 1964, pp. 107–166; un’ulteriore traduzione: *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, in Aldo Schiavello/Vito Velluzzi (a cura di), *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Giappicelli, Torino, 2005, pp. 48–79.
- Hart, Herbert L.A., *Law, Liberty and Morality*, Standford University Press, Standford, 1963.
- Hart, Hebert L.A., *Book Reviews - The Morality of Law by Lon L. Fuller*, in “Harvard Law Review”, 78(6), 1965, pp. 1281–1310.
- Hart, Herbert L.A., *The Concept of Law*, Oxford University Press, London, 1961; traduzione italiana di Mario Cattaneo: *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 1965.
- Hart, Hebert L.A., *Introduction* in Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, New York, 1983, pp. 8–9.

- Höffe, Otfried, *Globalizzazione e diritto penale*, Comunità, Torino, 2001.
- Incampo, Antonio, *Credenza e potere nei fatti istituzionali*, in “Rivista di filosofia del diritto”, 2, 2014, pp. 347–360.
- Incampo, Antonio/ Wojciech, Żelaniec (eds.), *Universality of Punishment*, Cacucci, Bari, 2015.
- Incampo, Antonio, *Metafisica del processo*, Cacucci, Bari, 2016².
- Incampo, Antonio, *Quattro tesi climatologiche sul diritto. A proposito del «logos della norma» in Luigi Lombardi Vallauri*, in Aa.Vv., *Scritti per Luigi Lombardi Vallauri*, Vol. 1, Wolters Kluwer Cedam, Padova, 2016, pp. 719–720.
- Incampo, Antonio/Adolfo, Scalfati (a cura di), *Diritto penale e ragionevole dubbio*, Bari, Cacucci, 2017.
- Incampo, Antonio, *Filosofia del dovere giuridico*, Cacucci, Bari, 2019³.
- Incampo, Antonio, *Pluralità di forme, unità di essenze negli atti giuridici. Prefazione a uno studio su Adolf Reinach*, in Olimpia G. Loddo, *Manifestare gli atti sociali. Canali della giuridicità dopo Reinach*, FrancoAngeli, Milano, 2020, pp. 9–14.
- Incampo, Antonio, *Pragmatica filosofia in Amedeo G. Conte*, in “Rivista di filosofia del diritto”, 1, 2020, pp. 27–36.
- Jhering, Rudolf von, *La lotta per il diritto*, Laterza, Bari-Roma, 1935.
- Jhering, Rudolf von, *Lo scopo nel diritto*, Einaudi, Torino, 1972.
- Kant, Immanuel, *Sopra il detto comune «Questo può essere giusto in teoria, ma non vale per la pratica»*, *passim*, in “Bollettino

telematico di filosofia politica”
(http://btfp.sp.unipi.it/dida/kant_7/ar01s08.xhtml).

Kant, Immanuel, *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf*, in *Kleinere Schriften zur Geschichtsphilosophie, Ethik und Politik*, 1913; traduzione italiana a cura di Vincenzo Cicero: *Pace perpetua*, Rusconi, Milano, 1997.

Kelsen, Hans, *Allgemeine Theorie der Normen*, herausgegeben von Kurt Ringhofer und Robert Walter, Manzsche Verlags und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1979; traduzione italiana a cura di Mirella Torre: *Teoria generale delle norme*, Einaudi, Torino, 1985.

Kelsen, Hans, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und Rechtspositivismus*, Rolf Heise, Charlottenburg, 1928; traduzione italiana a cura di Sergio Cotta e Giuseppe Treves: *La dottrina del diritto naturale e il positivismo giuridico*, in Id., *Teoria generale del diritto e dello stato* [Appendice], Giuffrè, Milano, 1959³.

Kramer, Matthew H., *Scrupulousness Without Scruples: a Critique of Fuller and His Defenders*, in “Oxford Journal of Legal Studies”, 18(2), 1998, pp. 235–263.

Kramer, Matthew H., *Objectivity and the Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.

La Torre, Massimo/Alberto, Scerbo (a cura di), *Una introduzione alla filosofia del diritto*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2003.

- Lacey, Nicola, *Philosophy, Political, Morality, and History: Explaining the Enduring Resonance of the Hart-Fuller Debate*, in “New York University Law Review”, 83(4), 2008, pp. 1059–1087.
- Lacey, Nicola, *Out of the ‘Witches’ Cauldron? Reinterpreting the Context and Reassessing the Significance of the Hart-Fuller Debate*, in Peter Cane (ed.), *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*, Hart Publishing, Oxford, 2010, pp. 1–42.
- Lamont, William D., *The Principles of Moral Judgement*, Clarendon Press, Oxford, 1946.
- Lamont, William D., *The Value Judgement*, Philosophical Library, 1955.
- Ledig, Gerhard, *Zur Logik des Sollens*, in «Der Gerichtssaal», 100, 1931, pp. 368–385.
- Lindsay, Alexander D., *The Two Moralities. Our Duty to God and Society*, Eyre & Spottiswoode, London, 1940.
- Llewellyn, Karl L., *The Case Law System in America*, University of Chicago Press, Chicago, 1989.
- Loddo, Olimpia G., *Manifestare gli atti sociali. Canali della giuridicità dopo Reinach*, FrancoAngeli, Milano, 2020.
- Lombardi Vallauri, Luigi, *Corso di filosofia del diritto*, Cedam, Padova, 1981².
- Lombardi Vallauri, Luigi, *Dio o Logos? La grande visione d’insieme alla prova*, in Id. (a cura di), *Logos dell’Essere, Logos della Norma*, Adriatica Editrice, Bari, 1999, pp. 5–112.

- Luban, David, *Rediscovering Fuller's Legal Ethics*, in "Georgetown Journal of Legal Ethics", 11, 1998, pp. 801–829.
- Luban, David, *Rediscovering Fuller's Legal Ethics*, in Willem J. Witteveen/Wibren Van Der Burg (eds.), *Rediscovering Fuller: Essays on Implicit Law and Institutional Design*, Amsterdam University Press, Amsterdam, 1999, pp. 193–225.
- Luban, David, *Legal Ethics and Human Dignity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.
- Luban, David, *The Rule of Law and Human Dignity: Re-examining Fuller's Canons*, in "Hague Journal of the Rule of Law", 2(1), 2010, pp. 29–47.
- Lyons, David, *Ethics and the Rule of Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 1984.
- Liotard, Jean F., *The Postmodern Condition*, Manchester University Press, Manchester, 1984; traduzione italiana a cura di Carlo Formenti: *La condizione postmoderna. Rapporto sul sapere*, Feltrinelli, Milano, 1985.
- Macbeath, Alexander, *Experiments in Living: A Study of the Nature and Foundations of Ethics or Morals in the Light of Recent Work in Social Anthropology*, Macmillan, London, 1952.
- Mattei, Ugo, *Stare decisis*, Giuffrè, Milano, 1988.
- Mattei, Ugo, *Il modello di common law*, Giappichelli, Torino, 2010³.
- Meyer, Perry, *The Morality of Law, by Lon L. Fuller*, Book Review, in "McGill Law Journal", 10(4), 1964, pp. 380–383.

- Minda, Gary, *Postmodern Legal Movement. Law and Jurisprudence at Century's End*, New York University Press, New York, 1995; traduzione italiana di Cristina Colli e a cura di Mauro Barberis: *Teorie Postmoderne del Diritto*, Il Mulino, Bologna, 2001.
- Mitrophanous, Eleni, *Soft Positivism*, in "Oxford Journal of Legal Studies", 17, 1997, pp. 621–641.
- Montanari, Bruno, *La fragilità del potere. L'uomo, la vita, la morte*, Mimesis, Milano, 2013.
- Mullock, Philip, *The Inner Morality of Law*, in "Ethics", 84(4), 1974, pp. 327–331.
- Murphy, Collen, *Lon Fuller and the Moral Value of the Rule of Law*, in "Law and Philosophy", 24(3), 2005, pp. 239–262
- Murphy, Liam, *Better to See Law This Way*, in "New York University Law Review", 83(4), 2008, pp. 1088–1108.
- Nadler, Jennifer, *Hart, Fuller and the Connection between Law and Justice*, in "Law and Philosophy", 27(1), 2008, pp. 1–34,
- Nicholson, Peter P., *The Internal Morality of Law: Fuller and His Critics*, in "Ethics", 84, 1974, pp. 307–326.
- Nottingham, Heneage F. (Lord), *Chancey Cases*, in Aa.Vv. *Publications of Selden Society*, Vol. 73, B. Quaritch, London, 1954.
- Palombella, Gianluigi., *Dopo la certezza: il diritto in equilibrio tra giustizia e democrazia*, Dedalo Edizioni, Bari, 2006.
- Palombella, Gianluigi, *È possibile una legalità globale? Il Rule of law e la governance del mondo*, Il Mulino, Bologna, 2012.

- Pappe, Oliver H., *On the Validity of Judicial Decisions in the Nazi era*, in “Modern Law Review”, 23, 3, 1960, pp. 260–274.
- Parsons, Talcott, *On the Concept of Political Power*, in “Proceedings of the American Philosophical Society”, 107(3), 1963, pp. 232–262.
- Paulson, Stanley L., *Lon L. Fuller, Gustav Radbruch, and the “Positivist” Theses*, in “Law and Philosophy”, 13(3), 1994, pp. 313–359.
- Piaget, Jean, *Le jugement moral chez l’enfant*, Presses Universitaires de France, Paris, 1932; traduzione italiana a cura di Guido Petter: *Il giudizio morale del bambino*, Giunti, Milano, 2009.
- Pino, Giorgio, *Principi, ponderazione e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici*, in “Giurisprudenza costituzionale”, 56, 1, 2011, pp. 965–997.
- Polanyi, Michael, *La logica della libertà*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2002.
- Porciello, Andrea, *Diritto e morale*, in Massimo La Torre/Alberto Scerbo (a cura di), *Una introduzione alla filosofia del diritto*, Rubettino, Soveria Mannelli, 2003.
- Porciello, Andrea, *Diritto decisione giustificazione. Tra etiche procedurali e valori sostanziali*, Giappichelli, Torino, 2005.
- Porciello, Andrea, *Fuller’s Theory in Quest of Itself. The Fear of Immoral Morality*, in “Archiv für Rechts und Sozialphilosophie”, 101(1), 2015, pp. 1–15.

- Porciello, Andrea, *Principi dell'ordine sociale e libertà individuale. Saggio sulla Jurisprudence di Lon L. Fuller*, Edizioni ETS, Pisa, 2016.
- Porciello, Andrea, *L'idea di diritto implicito: un ipotetico dibattito tra Lon L. Fuller e Robert Alexy*, in “Diritto&Questioni Pubbliche”, 1, 2017, pp. 329–349.
- Postema, Gerald J., *Implicit Law*, in “Law and Philosophy”, 13(3), 1994, pp. 361–387.
- Postema, Gerald J., *Implicit Law*, in Willem J. Witteveen/Wibren Van Der Burg (eds.), *Rediscovering Fuller: Essays on Implicit Law and Institutional Design*, Amsterdam University Press, Amsterdam, 1999, pp. 255–278.
- Pound, Roscoe, *Law in Books and Law in Action*, in “American Law Review”, 44, 1910, pp. 12–36.
- Pound, Roscoe, *The Limits of Effective Legal Action*, in “American Bar Association Journal”, 3, 1917, pp. 55–70.
- Powers, William Jr., *Lon L. Fuller, by Robert Summers*, Book Review, in “Duke Law Journal”, 34, 1985, pp. 221–236.
- Pozzolo, Susanna, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 2001.
- Radbruch, Gustav, *Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*, in “Süddeutsche Juristen-Zeitung”, 5, 1946, pp. 105–108; riedito in: Gustav Radbruch, *Rechtsphilosophie* [sechste Auflage], Köhler, Stuttgart, 1963, pp. 347–357; traduzione italiana a cura di Edoardo Fittipaldi: *Ingiustizia legale e diritto sovralegale*, in

- Amedeo G. Conte/Paolo Di Lucia/Luigi Ferrajoli/Mario Jori (a cura di), *Filosofia del diritto*, Raffaello Cortina, Milano, 2002, pp. 149–163.
- Rawls, John, *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano, 2010³.
- Reinach, Adolf, *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes*, in “Jahrbuch für Philosophie und Phänomenologische Forschung”, 1, 1913, pp. 685–847; traduzione italiana a cura di Daniela Falcioni: *I fondamenti a priori del diritto civile*, Giuffrè, Milano, 1990.
- Rundle, Kristen, *Forms Liberate. Reclaiming the Jurisprudence of Lon L. Fuller*, Hart Publishing, Oxford, 2013.
- Sacco, Rodolfo, *Il diritto muto. Neuroscienze, conoscenza tacita, valori condivisi*, Il Mulino, Bologna, 2005.
- Sacco, Rodolfo, *Antropologia giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2007.
- Sacks, Albert M., *Lon Luvois Fuller*, in “Harvard Law Review”, 92(2), 1978, pp. 349–350.
- Samuelson, Paul A., *Economics – An Introductory Analysis*, McGraw-Hill Publishing Co. Ltd. New York-London-Toronto, 1951.
- Schauer, Frederick, *Fuller’s Internal Point of View*, in “Law and Philosophy”, 13(3), 1994, pp. 285–312.
- Schauer, Frederick, *A Life of H.L.A. Hart: The Nightmare and the Noble Dream*, by Nicola Lacey, Book Review, in “Harvard Law Review”, 119, 2006, pp. 852–883.

- Schauer, Frederick, *A Critical Guide to Vehicles in the Park*, in “New York University Law Review”, 83(4), 2008, pp. 1109–1134.
- Schiavello, Aldo, *Diritto come integrità: incubo o nobile sogno? Saggio su Ronald Dworkin*, Giappichelli, Torino, 1997.
- Schiavello, Aldo/Vito, Velluzzi, *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Giappichelli, Torino, 2005.
- Schlag, Pierre, *Normativity and Nowhere to Go*, in “Stanford Law Review”, 43, 1990, pp. 167–191.
- Schlag, Pierre, *Normativity and the Politics of Form*, in “University of Pennsylvania Law Review”, 139(4), 1991, pp. 801–932.
- Schoch, Magdalena, *The Jurisprudence of Interests*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1948.
- Sciurba, Alessandra, *Il Rule of Law e le relazioni tra diritto e morale nel dibattito tra Hart e Fuller*, in “Diritto&Questioni pubbliche”, 9, 2009, pp. 701–742.
- Searle, John R., *How to Derive ‘Ought’ from ‘Is’*, in Philippa Foot (ed.), *Theories of Ethics*, Oxford University Press, Oxford, 1967, pp. 101–114.
- Searle, John R., *The Construction of Social Reality*, Free Press, New York, 1995.
- Selznick, Philip, *Anatomy of the Law, by Lon L. Fuller*, Book Review, in “Harvard Law Review”, 83(6), 1970, pp. 1474–1480.
- Simmel, Georg, *Sociologia*, Edizioni Comunità, Milano, 1989.
- Simmonds, Nigel E., *Central Issues in Jurisprudence*, Sweet&Maxwell, London, 1986.

- Simmonds, Nigel E., *Law as a Moral Idea*, in “The University of Toronto Law Journal”, 55(1), 2005, pp. 61–92.
- Simmonds, Nigel E., *Law as a Moral Idea*, Oxford University Press, Oxford, 2007.
- Siniscalchi, Guglielmo, *Esistenza e dovere in G.E. Moore*, Adriatica, Bari, 2004.
- Siniscalchi, Guglielmo, *Forma e materia del diritto*, in Bruno Montanari (a cura di), *Luoghi della filosofia del diritto. Idee strutture mutamenti*, Giappichelli, Torino, 2012², pp. 35–51.
- Summers, Robert S., *Professor Fuller on Morality and Law*, in “Journal of Legal Education”, 18(1), 1965, pp. 1–27.
- Summers, Robert S., *Professor Fuller’s Jurisprudence and America’s Dominant Philosophy of Law*, in “Harvard Law Review”, 92(2), 1978, pp. 433–449.
- Summers, Robert S., *Lon L. Fuller’s Jurisprudence and the Possibility It Was Much Influenced by G.W.F. Hegel*, in “Cornell Law Forum”, 10(1), 1983, pp. 9–13.
- Summers, Robert S., *Lon L. Fuller*, in William Twining (gen. ed.), *Jurist: Profiles in Legal Theory*, Edward Arnold, London, 1984.
- Teachout, Peter R., *The Soul and the Fogue: An Essay on Reading Fuller*, in “Minnesota Law Review”, 70, 1986, pp. 1073–1148.
- Teachout, Peter R., *Uncreated Conscience: The Civilizing Force of Fuller’s Jurisprudence*, in Willem J. Witteveen/Wibren Van Der Burg (eds.), *Rediscovering Fuller: Essays on Implicit Law and*

- Institutional Design*, Amsterdam University Press, Amsterdam, 1999, pp. 229–254.
- Tedeschi, Guido, *Prospective Revision of Precedent*, in “Israel Law Review”, 8(2), 1973, pp. 173–196.
- Tucker, Edwin W., *The Morality of Law, by Lon Fuller*, Book Review, in “Indiana Law Review”, 40, 1965, pp. 270–283.
- Twining, William/Miers, David, *How to do Things with Rules*, Law in Context S., London, 1976; traduzione italiana: *Come fare cose con regole. Interpretazione e applicazione del diritto*, Giuffrè, Milano, 1989.
- Van de Kerchove, Michel, *La teoria degli atti linguistici e la teoria dell’interpretazione giuridica*, in Paul Amssele (ed.), *Teoria degli atti linguistici, etica e diritto*, Giappichelli, Torino, 1990
- van der Burg, Wibren, *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.
- Varga, Csaba, *Reflections on Law and on Its Inner Morality*, in “Rivista internazionale di filosofia del diritto”, 62(3), 1985, pp. 439–451.
- Viola, Francesco, *Diritto naturale italiano*, in “Nova et Vetera”, IV(2), 2002, pp. 33–47.
- Viola, Francesco, *Rule of Law. Il governo della legge ieri ed oggi*, Giappichelli, Torino, 2011.

- von Hayek, Friedrich A., *The Road to Serfdom*, University of Chicago Press, Chicago, 1944.
- Von Wright, Georg H., *Is and Ought*, in Eugenio Bulygin (ed.), *Man, Law and Modern Forms of Life*, Reidel, Dordrecht, 1985, pp. 263–281.
- Waldron, Jeremy, *Why Law – Efficacy, Freedom, or Fidelity*, in “Law and Philosophy”, 13(3), 1994, pp. 259–284.
- Waldron, Jeremy, *Positivism and Legality: Hart’s Equivocal Response to Fuller*, in “New York University Law Review”, 83(4), 2008, pp. 1135–1169.
- Waldron, Jeremy, *The Concept and the Rule of Law*, in “Georgia Law Review”, 43(1), 2008, pp. 1–61.
- Waluchow, Wilfrid J., *Inclusive Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford, 1994.
- Wambaugh, Eugente, *The Study of Cases, A Course of Instruction in Reading and Stating Reported Cases, Composing Head-notes and Briefs, Criticising and Comparing Authorities, and Compiling Digests*, Little, Brown and Company, Boston (Mass.) 1894².
- Westerman, Pauline, *Means and Ends*, in Willem J. Witteveen/Wibren Van Der Burg (eds.), *Rediscovering Fuller: Essays on Implicit Law and Institutional Design*, Amsterdam University Press, Amsterdam, 1999, pp. 45–168.
- Willinston, Samuel, *A Treaties on the Law of Contracts*, Vol. 1-8, Woorhis&Co., New York, 1938.

- Winston, Kenneth I., *The Ideal Element in a Definition of Law*, in “Law and Philosophy”, 5(1), 1986, pp. 89–111.
- Winston, Kenneth I., *Is/Ought Redux: the Pragmatist Context of Lon Fuller’s Conception of Law*, in “Oxford Journal of Legal Studies”, 8(3), 1988, pp. 329–349.
- Winston, Kenneth I., *Introduction*, in “Law and Philosophy”, 13(3), 1994, pp. 253–258.
- Winston, Kenneth I., *Legislation and Liberty*, in “Law and Philosophy”, 13(3), 1994, pp. 389–418.
- Winston, Kenneth I., *Introduction*, in *The Principles of Social Order – Collected Essays of Lon L. Fuller* (edited with an introduction by Kenneth I. Winston), Hart Publishing, Oxford, 2001², pp. 1–23.
- Witteveen, Willem J. / Wibren. Van Der Burg (eds.), *Rediscovering Fuller: Essays on Implicit Law and Institutional Design*, Amsterdam University Press, Amsterdam, 1999.
- Zagrebelsky, Gustavo, *La legge e la sua giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2008.
- Zipursky, Benjamin C., *Practical Positivism Versus Practical Perfectionism: The Hart-Fuller Debate at Fifty*, in “New York University Law Review”, 83(4), 2008, pp. 1170–1212.