

EDITORIALE	3
STUDI E RICERCHE	
LEGGI NATURALI DELL'ORGANIZZAZIONE, DIRITTO IMPLICITO E INTERAZIONE SOCIALE: L'INDISPENSABILE PER UN CORRETTO INQUADRAMENTO DELLA PROPOSTA DI FULLER ANDREA PORCIELLO	6
THE EUROPEAN UNION AND THE POLISH CONSTITUTIONAL COURT REFORM: AN EXAMPLE OF CRISIS OF POWERS SEPARATION WITH «SMOKE SIGNALS» BY BRUSSELS? FABIO RATTO TRABUCCO	25
«...NON C'È CHE DA RISOLVERE IL PROBLEMA DELL'ALTA SLESIA»: ORDINE INTERNAZIONALE, EGEMONIA ED AUTODETERMINAZIONE NELL'ETÀ DELLA SOCIETÀ DELLE NAZIONI FILIPPO RUSCHI	41
QUALE LOGICA PER I DIRITTI DELL'UOMO? PAOLO SAVARESE	74
PSEUDOMORFOSI POLITICHE: OSWALD SPENGLER E GEORGIJ P. FEDOTOV VLADIMIR ŠČUČENKO	96
THE ROOTS OF ALEXANDER HERZEN'S POPULIST SOCIALISM DANIELE STASI	116
SPUNTI CRITICI SULLA OBBLIGATORietà DEL LAVORO PENITENZIARIO AUGUSTO ROMANO	134
PROFILI GIURIDICI DELLA MENDICITÀ IN JACOPO MENOCHIO FEDERICA PALETTI	148

PAGINE LIBERE

UNA SVOLTA STORICA: L'ABROGAZIONE DEL SEGRETO PONTIFICIO 173
PER I DELITTI LEGATI ALLA PEDOFILIA
BRUNO DEL VECCHIO

VERITÀ, DIRITTO, POLITICA: GIORGIO LOMBARDI «LETTORE» DI LUIGI GIUSSANI 187
MICHELE ROSBOCH

LEGGI NATURALI DELL'ORGANIZZAZIONE, DIRITTO IMPLICITO E INTERAZIONE SOCIALE: L'INDISPENSABILE PER UN CORRETTO INQUADRAMENTO DELLA PROPOSTA DI FULLER

ANDREA PORCIELLO*

Abstract: still today, Fuller is mostly known as a kind of natural lawyer who lost the debate against Hart, or other times, as the theorist who proposed the naïve idea of “Inner Morality of Law”. In this article I want to emphasize that Fuller is much more than that. Reading Fuller by taking into account the conceptual premises he had already offered in his early works means to give a new perspective to his proposal. Without this conceptual framework (Organization Natural Laws, Implicit Law, Social interaction) it seems impossible to grasp the real meaning of his philosophical message.

Keywords: Fuller – Natural Law – Human Interaction – Inner Morality of Law – Implicit Law.

1. Premessa: assenza, riscoperta e rilettura dell'opera di Fuller

Fuller, come tante volte ho avuto modo di evidenziare in altre occasioni¹, nonostante il successo di cui ha goduto tanto come giurista pratico quanto come teorico del diritto durante la sua lunga e proficua carriera è stato dimenticato molto, troppo velocemente.

«La filosofia del diritto, tanto quella europea quanto quella d'oltreoceano, con alcune poche eccezioni, ha scarsamente considerato e commentato il resto della sua produzione, circoscrivendo la propria – direi superficiale - attenzione a poche tesi soltanto, (...) e relegando Fuller e la sua proposta giusfilosofica in un vero e proprio limbo»².

* Andrea Porciello, Professore ordinario di Filosofia del diritto IUS/20, Università Magna Graecia di Catanzaro. Email: andreaporciello@unicz.it

¹ Cfr. A. Porciello, 2016, 11-20.

² A. Porciello, 2016, 12.

Nella stragrande maggioranza dei casi, Fuller viene tutt'al più ricordato in quanto ideatore della *Inner Morality of Law*³, il suo marchio di fabbrica, o per il lungo dibattito che lo ha visto protagonista insieme al ben più «celebre e celebrato» H.L.A. Hart. I riferimenti al reale significato della sua proposta e alla reale portata del suo contributo teorico sono veramente esigui. Un esempio valga per tutti. In uno dei più noti manuali italiani di filosofia del diritto, a Fuller vengono dedicate esclusivamente queste poche righe:

«Nella sua opera più nota, *The Morality of Law*, [Fuller] distingue tra una morale esterna al diritto e una morale interna al diritto, costituita quest'ultima da una serie di principi inerenti al mondo giuridico, ai quali ogni diritto positivo dovrebbe adeguarsi. Tali principi (...) non hanno natura sostanziale, bensì procedurale, nel senso che indicano le procedure che il diritto deve seguire per raggiungere il fine di «assoggettare la condotta umana al governo delle norme»⁴.

Ed in molti altri manuali nostrani, invece, Fuller non viene neanche menzionato. L'effetto di tale trattamento, in Italia come all'estero, è consistito nel fatto che generazioni di studenti hanno realmente creduto che Fuller fosse solo questo, una sorta di giusformalista che ha avuto come obiettivo teorico primario quello di dimostrare che il diritto, per essere tale, debba soggiacere ad un set di principi procedurali, principi che, così posta la questione, non si capisce perché vengano definiti come «moralì» dal suo ideatore. Oppure, cosa ancora più frequente, al giurista americano non si attribuisce neanche un'esistenza autonoma, «Fuller» diviene solo un nome che compare un paio di volte nel capitolo che i vari manuali dedicano al normativismo anglosassone, il nome di un oscuro giurista che ha depresso le armi di fronte ad Hart e al suo arsenale argomentativo. Insomma, quando si parla di Fuller, sembra si oscilli tra l'indifferenza e la banalizzazione.

Il punto è che Fuller è stato molto più di questo: la sua proposta, quando considerata nel suo complesso e quando posta nella corretta ottica, costituisce un sistema di idee coerente e completo, e non un insieme disomogeneo di tesi «episodiche e confuse» su aspetti parziali del fenomeno giuridico, come molti autori⁵ hanno in più occasioni sostenuto. La stessa idea di «moralità interna del diritto», nonché le tante idee espresse negli anni del dibattito con l'*alter ego* inglese Hart⁶, quando rilette alla luce dei concetti

³ La tesi della *Inner Morality of Law*, già abbozzata nell'articolo del 1958 *Fidelity to Law*, diviene l'argomento portante della più celebre opera di Fuller, la monografia del 1964 *The Morality of Law*. L'edizione italiana del volume è stata curata da A. Dal Brollo, 1986.

⁴ G. Fassò, 2006, 375-376.

⁵ Tra questi spicca certamente il nome di Matthew Kramer che, nel commentare la tesi più nota espressa da Fuller, ha avuto modo di sottolineare che «la formulazione degli otto principi della legalità costituisce un definitivo e valido contributo alla filosofia del diritto, peccato che alcuni degli argomenti che la supportano siano confusi e inadeguati». M.H. Kramer, 2006, 103.

⁶ Nel 1957 H.L.A. Hart, su invito di Fuller, tenne ad Harvard la prestigiosa lezione annuale di teoria del diritto, la *Oliver Wendell Holmes Lecture*, in cui presentò uno dei suoi più noti e citati articoli, vero baluardo

chiave delineati da Fuller già a partire dalla sua prima opera squisitamente giusfilosofica, *The Law in Quest of Itself*⁷, appaiono molto più interessanti e molto meno ingenui di quanto potrebbe apparire ad una lettura incompleta e superficiale.

Insomma, a me pare che una rilettura dell'opera di Fuller che faccia della contestualizzazione concettuale il proprio principio informatore ci restituisce un'immagine dell'autore statunitense ben diversa da quella tratteggiata nei tanti manuali dedicati alla filosofia del diritto novecentesca: in questa nuova prospettiva Fuller appare come uno dei più eminenti ed originali filosofi del diritto del XX secolo, la cui importanza, soprattutto quando riferita alla capacità di rimodellare l'agenda della teoria giuridica del suo tempo, non è certamente seconda a quella di Holmes, di Cardozo, di Llewellyn, di Radbruch, di Hart e dello stesso Dworkin.

Spiegare, ciononostante, le ragioni di tale «assenza» non è certo semplice⁸. Personalmente credo che la spiegazione più probabile e ragionevole risieda nel fatto che Fuller, a differenza di autori come Austin, Holmes, Kelsen ed Hart, con ogni evidenza non appartiene ad una scuola, il suo progetto teorico non sembra ascrivibile in via definitiva ad un unico indirizzo intellettuale,

«Fuller appare essere un filosofo del diritto che si colloca al di là di qualunque etichettamento concettuale⁹. E la definizione che Philip Selznick ha elaborato nel tentativo di descrivere l'approccio teorico di Fuller è particolarmente significativa, soprattutto nel momento in cui evidenzia che la sua teoria: «ci ha avvicinato ad una prospettiva che ha ravvivato lo spirito del realismo, che ha fatto proprie le verità del positivismo, senza trascurare ciò che è più istruttivo della filosofia del giusnaturalismo»¹⁰.

Credo che un'identità teorica così incerta e multiforme abbia contribuito, e non poco, a quell'atteggiamento di rimozione di cui si sono resi protagonisti un po' ovunque gli studi giusfilosofici contemporanei. Quello che intendo dire è che se approdare a Kelsen o ad Hart, ad esempio, appare del tutto naturale, anzi, direi doveroso, per chiunque voglia anche semplicemente offrire una breve storia del positivismo giuridico moderno; se studiare Radbruch, ed oggi Finnis, è d'obbligo per chiunque voglia anche solo tracciare un'idea del *revival* giusnaturalistico che ha avuto inizio nell'immediato dopo guerra, ebbene, lo stesso non avviene con Fuller. Perché nessuna teoria del diritto ha bisogno di Fuller per poter essere meglio compresa, e di converso, perché la proposta di Fuller non

del giuspositivismo anglosassone, *Positivism and the Separation of Law and Morals*, pubblicato nel 1958 sulla *Harvard Law Review* insieme alla replica di Lon Fuller dal titolo *Fidelity to Law. A Reply to Professor Hart*. Lo scambio diede vita ad uno dei più celebri dibattiti giusfilosofici del '900 che andò avanti per più di quindici anni.

⁷ L.L. Fuller, 1940.

⁸ Approfondisco tale questione nelle prime pagine della mia monografia dedicata a Fuller, ed in particolare nel paragrafo «Oblio e riscoperta di un filosofo del diritto *sui generis*», cfr. A. Porciello, 2016, 11-20.

⁹ A. Porciello, 2016, 17.

¹⁰ P. Selznick, 1999, 9.

ha bisogno di essere ascritta ad un'unica teoria giusfilosofica per poter essere meglio inquadrata.

Fuller è stato ed ancora rimane un *outsider* nell'ambiente della filosofia del diritto

«che a quel tempo era sempre più dominato dalla filosofia del diritto positivista di H.L.A. Hart. Ed oggi, tra i filosofi del diritto contemporanei, Fuller è ricordato più che altro come il filosofo giusnaturalista che ha perso il dibattito sulla separazione tra diritto e morale con il suo rivale, un filosofo analitico nettamente superiore»¹¹.

Tutto ciò premesso, e di là dalle sue possibili cause, è importante notare che il silenzio che per molto tempo ha avvolto la figura ed il pensiero di Fuller è stato quantomeno parzialmente infranto, innanzitutto grazie al rinnovato interesse che studiosi di differente estrazione e provenienza hanno iniziato a nutrire nei suoi confronti: per un verso al fine di evitare la banalizzazione di cui si è riferito, per l'altro al fine di restituire a Fuller i frutti dei semi piantati nei quarant'anni della sua intensa produzione scientifica, a partire dagli anni ottanta Robert Summers e Kenneth Winston¹², e sulla loro scia tanti altri autori, hanno intrapreso un vero e proprio progetto di riscoperta della sua opera¹³. E l'idea che sta alla base di tale progetto, condivisa un po' da tutti gli estimatori del giurista statunitense, consiste nell'esigenza di rimettere a fuoco la sua proposta e soprattutto di rileggere anche le sue idee più note sempre a partire da quei concetti chiave che lo stesso Fuller aveva posto in maniera più o meno esplicita alla base della propria proposta teorica, senza i quali quest'ultima inevitabilmente perde, come infatti ha perso, di significato e di direzione. Tra tali concetti, veri e propri pilastri su cui l'idea di diritto proposta da Fuller deve necessariamente poggiare, credo che tre meritino particolare attenzione e godano di speciale rilevanza: quelli di «leggi naturali dell'ordine sociale», di «diritto implicito», e di «interazione sociale».

¹¹ K. Rundle, 2013, 1.

¹² Fra gli altri lavori dedicati a Fuller, Kenneth Winston ha certamente il merito di aver raccolto e pubblicato una serie di scritti inediti di Fuller che nel loro insieme costituiscono la sua ultima monografia: L.L. Fuller, 1981.

¹³ Con riferimento a tale opera di riscoperta della figura e del lavoro di Fuller, grande merito è da attribuire ad una serie di autori che qui riporto in ordine sparso: innanzitutto Robert Summers che, come già ricordato, nel 1984 ha dedicato a Fuller un pregevole lavoro monografico. Gli studiosi olandesi Witteveen e van der Burg che nel 1995 hanno curato il volume *Rediscovering Fuller* che, fra gli altri, ha avuto il merito di portare alla luce nuovi aspetti del suo pensiero fino a quel momento rimasti particolarmente in ombra. K. Winston, che ha curato un numero della rivista *Law and Philosophy* (n. 13 del 1994) interamente dedicato a Fuller e che ha confezionato la splendida raccolta di saggi scelti *Principles of Social Order*, così ben strutturata ed omogenea da poter essere considerata a buon diritto come l'ultima monografia di Fuller; e poi ancora Kristen Rundle, che nel 2013 ha pubblicato una nuova monografia dedicata all'autore statunitense, *Forms Liberate. Reclaiming the Jurisprudence of Lon L. Fuller*, per quanto mi riguarda un punto di riferimento per metodo e capacità interpretativa. E accanto a questi autori specialisti, tanti altri hanno contribuito alla riscoperta dell'opera di Fuller, pur senza fare della sua proposta il proprio stabile centro d'interesse scientifico: tra questi spiccano i nomi di David Luban, Brian Bix, Frederick Schauer, Stanley Paulson, Anthony D'Amato, Peter Suber, Jeremy Waldron, David Lyons, Rafael Escudero Alday, Melvin Aaron Eisenberg, David Dyzenhaus e Philip Selznick.

2. Le leggi naturali dell'ordine sociale

Uno degli argomenti che ricorrono più e più volte nell'opera di Fuller è quello per cui la giustificazione del diritto non possa essere contenuta nel diritto positivo, né consistere, *a là* Austin, in una mera abitudine all'obbedienza, in un rozzo comportamento collettivo di soggezione nei confronti del potere sovrano. Ciò quantomeno per due ragioni.

1) La prima è che quel particolare tipo di rapporto tra governanti e governati che chiamiamo «diritto», a differenza da quanto sostenuto dalla tradizione giuspositivista, non consiste in una «direzione manageriale - in cui - (...) le direttive sono applicate dal subordinato in quanto servono ad uno scopo stabilito dal suo superiore»¹⁴. I rapporti che vengono ad instaurarsi grazie al diritto sono ben distanti da quelli tipici dell'ambito militare, in cui i subalterni obbediscono unicamente per soddisfare gli interessi dei loro superiori o più in generale del corpo cui appartengono. In una dimensione verticale di questo tipo, che fa della gerarchia il proprio tratto caratteristico, affinché il sistema funzioni non è necessario che chi applica una regola, chi obbedisce ad un determinato comando, abbia ragioni o interessi ad agire, le ragioni e gli interessi sono quelli di chi pone le regole, non di chi è chiamato ad applicarle o ad obbedirle.

Secondo Fuller, nel caso del diritto, i rapporti che vengono ad instaurarsi appaiono ben lontani da quelli pensabili in una dimensione imperativista, si tratta di rapporti «orizzontali», in cui «il cittadino non applica norme giuridiche per servire fini specifici stabiliti dal legislatore, ma piuttosto segue quelle regole *nella gestione dei suoi propri affari*»¹⁵, ed al fine di realizzare i suoi propri interessi. Se, quindi, la direzione manageriale si sostanzia in un rapporto «verticale e monodirezionale», in cui il subordinato svolge essenzialmente un ruolo inerte e passivo, in ambito giuridico è rinvenibile un rapporto di tipo orizzontale e bidirezionale, in cui «l'esistenza di una reciprocità di aspettative relativamente stabile tra chi dà le leggi e colui che è soggetto ad esse è parte dell'idea stessa di un ordine giuridico funzionante»¹⁶ ed in cui il cittadino viene concepito come un soggetto attivo e responsabile.

Supponiamo, afferma Fuller in proposito, che

«A non stia agendo su un B inerte, ma che A e B siano soggetti in interazione consapevole e vivace l'una con l'altra. - Ebbene, così stando le cose - (...) ciascuno orienterà le proprie parole, le proprie manifestazioni e le proprie azioni in base a ciò che ritiene l'altro cerchi di ottenere, ed in parte in base a ciò che secondo lui l'altro pensa che egli stesso cerchi di ricavare»¹⁷.

¹⁴ L.L. Fuller, 1986, 266.

¹⁵ L.L. Fuller, 1986, 266.

¹⁶ L.L. Fuller, 1986, 269.

¹⁷ L.L. Fuller, 1986, 251.

I cittadini in questa «rinnovata» dimensione giuridica si comportano conformemente al diritto, non perché in tal senso coscientemente o incoscientemente condizionati dalla presenza delle sanzioni, e quindi dell'autorità posta al vertice di una struttura verticale, ma perché inseriti in una rete di relazioni che fanno delle aspettative reciproche il proprio tratto caratteristico. Detto altrimenti, ci si adegua a quanto previsto dal diritto perché ragionevolmente ci si aspetta che anche gli altri assumeranno il medesimo comportamento.

Da ciò l'idea per cui i cittadini non subiscono il diritto in quanto imposto dall'alto, ma lo utilizzano come qualcosa che appartiene loro, almeno in parte, per sfogare la propria creatività. È proprio questo tipo di consapevolezza ad indurre Fuller, già alla fine degli anni Trenta, a ritenere che «il diritto positivo esistente serve solo a colmare quella relativamente ristretta area di possibili dispute in cui i conflitti non vengono automaticamente risolti attraverso il riferimento a concezioni di correttezza generalmente accettate»¹⁸, che nel loro insieme costituiscono quello che Fuller definisce come «ordine autonomo». Nella convinzione, cosa affatto trascurabile, che tali concezioni e aspettative di reciproca correttezza vengano a loro volta plasmate e forgiate dall'ordine giuridico nel suo svolgimento pratico, innanzitutto dall'attività giudiziale.

A livello teorico, da ciò deriva un concetto di diritto concepito alla stregua di un circolo virtuoso, fatto di interazioni reciproche (*Circle of Interaction*), di rimandi continui che dalla sfera morale viaggiano verso quella giuridica e viceversa, un concetto di diritto che perde il carattere fattuale voluto dal giuspositivismo ed in cui il fenomeno giuridico smette di essere un artefatto, un oggetto da studiare con metodo descrittivo e valutativo, per diventare un'attività, un'impresa collettiva fatta di relazioni reciproche, in parti preesistenti il diritto, ed in parte da esso stesso generate.

2) Tale rete di reciproche relazioni è resa possibile dall'esistenza di elementi che precedono ontologicamente il diritto positivo, le norme che esso contiene, nonché l'idea stessa di autorità. Sul punto Fuller appare chiaro e perentorio: «esistono delle leggi naturali dell'ordine sociale»¹⁹, ed è a loro che bisogna guardare se si vuole cogliere la vera natura del diritto.

Credo sia questa l'affermazione che più di ogni altra, almeno apparentemente, avvicina Fuller alla prospettiva giusnaturalista, se non altro per ragioni di metodo. Come per il giusnaturalismo tradizionale, anche per l'autore statunitense il concetto di diritto non si esaurisce nell'autorità da cui il diritto deriva, dalla forza che è in grado di esercitare, o dal mero fatto della sua esistenza/validità, perché il diritto, in quanto attività collettiva e relazionale caratterizzata dalla reciprocità, per poter funzionare in modo ottimale non può non tener conto di tutte quelle «leggi naturali» che governano le varie forme di organizzazione sociale che esso contiene. Lo schema metodologico è quello

¹⁸ L.L. Fuller, 2014, 112.

¹⁹ L.L. Fuller, 1954, 457.

tipico del più classico dei giusnaturalismi per il quale il diritto, lungi dal trovare in sé stesso la propria ragion d'essere e la propria funzione, eredita tali elementi da «leggi» che lo precedono e che in un certo senso lo giustificano.

Tale vicinanza alla dimensione giusnaturalista non va però enfatizzata, come spesso peraltro si tende a fare. Fuller, come più tardi farà anche Dworkin, benché per metodo manifesti certamente una consonanza con i filosofi del diritto naturale, per l'altro non ha intenzione alcuna di cadere nelle loro braccia. È lo stesso Fuller d'altronde a prendere le distanze in modo esplicito dalla filosofia giusnaturalista, quando rimarca che tali leggi:

«non hanno nulla a che fare con qualsiasi onnipresenza che sovrasta nei 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*»²⁰.

E con ogni evidenza, il giusnaturalismo quando è privato del suo slancio metafisico perde in realtà gran parte della sua stessa identità.

Per cui, se Fuller è un giusnaturalista, se è questa l'etichetta che abbiamo scelto di utilizzare per identificarlo, è un giusnaturalista *sui generis*, personalmente mi piace usare l'etichetta di «giusnaturalista istituzionalista», un tipo di studioso che se per un verso richiama il metodo dei teorici del diritto naturale, per l'altro si pone come fine precipuo quello di fornire chiare indicazioni pratiche sul disegno istituzionale della società, facendo a meno degli slanci metafisici e delle incursioni nella metaetica cognitivista. Come opportunamente nota Schauer in proposito,

«Fuller può essere allo stesso tempo definito come un esponente di (una versione) del diritto naturale e come uno studioso molto interessato all'apparentemente innaturale e pragmatico problema del disegno istituzionale; (...) il suo interesse per il diritto è (...) plurimo, spazia da problemi generali di elevata teoria, a questioni di «basso» disegno istituzionale»²¹.

Mi sembra corretto aggiungere al sostantivo «giusnaturalista» l'aggettivo «istituzionalista» perché al metodo della scuola del diritto naturale, Fuller sembra affiancare alcune delle esigenze tipiche dell'istituzionalismo giuridico, *in primis* quello classico di Santi Romano, ossia l'idea per cui il diritto debba essere innanzitutto considerato come «organizzazione», ed in un duplice senso: perché deriva dall'organizzazione sociale, che in tal senso lo precede, e perché produce a sua volta «nuova» organizzazione sociale. Sotto questo profilo, il diritto, l'impresa tesa ad assoggettare la condotta umana al governo delle norme come Fuller amava definirlo, in fin dei conti non differisce poi così tanto da tutte le altre attività umane finalizzate ad un

²⁰ L.L. Fuller, 1986, 130.

²¹ F. Schauer, 1999, 125.

obiettivo (*Purposive Activities*), che trovano nel momento organizzativo il proprio elemento centrale.

Pensiamo ad esempio, suggerisce Fuller, all'ambito dell'organizzazione aziendale (*Business Administration*), apparentemente ben lontano da quello giuridico. Ogni azienda ha come fine immediato quello di produrre e di vendere beni e servizi, e come fine ultimo quello di ricavarne un profitto. La sua organizzazione interna, quindi, se vuole realizzare i fini indicati (soprattutto il secondo), va necessariamente pensata, ottimizzata e calibrata in vista del loro perseguimento: una corretta impostazione del rapporto tra mezzi e fini appare vitale per un'azienda che voglia produrre e, se è possibile, prosperare. Da ciò deriva che il più importante compito dei *manager* sia proprio quello di allocare in modo proficuo ed intelligente tutte le risorse economiche ed umane che hanno a disposizione, al fine di raggiungere il miglior risultato possibile a partire da una data situazione iniziale.

Ciò premesso, il punto che più a Fuller sta a cuore, indispensabile per comprendere il senso dell'analogia qui riproposta, e quindi l'idea di diritto che viene da essa veicolata, è che per quanto ogni azienda abbia certamente le proprie peculiarità e sia libera di organizzare la propria attività allocativa come meglio i *manager* ritengono opportuno ed efficace, è al contempo innegabile, sottolinea Fuller, che esistono delle esigenze che sono date, che appartengono ad una dimensione «oggettiva» e che, dunque, vanno necessariamente assecondate in vista della realizzazione degli obiettivi di partenza. «La gestione aziendale (*Management*) è legata alle "leggi naturali" su cui poggia la sua organizzazione»²², che detto altrimenti vuol dire che l'organizzazione dell'azienda, e come vedremo anche l'organizzazione che chiamiamo «diritto», non può essere soltanto il frutto di decisioni libere e discrezionali, è bensì anche conformità a regole razionali (*Natural Laws*) che sono implicite nell'idea stessa di organizzazione e dal cui rispetto dipende, almeno in parte, il successo dell'attività considerata. Per cui un'azienda che voglia avere successo non può non adeguarsi alle leggi che disciplinano il mercato, perché quelle leggi, a prescindere che siano naturali o artificiali, non rientrano nella sua disponibilità, anzi costituiscono una cornice data, entro la quale l'azienda può perseguire liberamente i propri obiettivi.

La conclusione cui Fuller approda è che la gestione aziendale è sì libera, ma fino a quando non cozza con le leggi su cui poggia la sua stessa organizzazione. Il che, detto per inciso, è perfettamente in linea con l'idea di «libertà» che Fuller in diverse occasioni ha manifestato. Libertà, a suo giudizio, non significa «assenza di limite», perché una libertà senza forma (*Formless*) è una contraddizione: «Abbiamo bisogno di punti di riferimento attraverso i quali guidare il nostro agire. (...) L'azione sociale (...) richiede forme limitative e canali in grado di orientare»²³. Può apparire paradossale, ma in verità possiamo dirci membri «liberi» di una società solo quando agiamo, sì liberamente, ma all'interno di una

²² F. Schauer, 1999, 125.

²³ L.L. Fuller, 1981, 320. Si tratta del contributo dal titolo *The Case Against Freedom*, conferenza tenuta nel 1958 presso la «Louisiana State University» all'interno del ciclo di seminari «Edward Douglas White Lectures on Citizenship», e poi pubblicata in Fuller, 1981.

cornice fatta di limitazioni che guidano e danno senso al nostro agire. Il che sembra avvicinare, come ho avuto modo di sostenere anche altrove, la prospettiva di Fuller, per un verso, come già detto, a quella di Santi Romano ed in particolare alla priorità che l'autore siciliano assegnava al momento organizzativo rispetto a quello normativo, e per un altro a quella di Bruno Leoni²⁴.

Dinamiche molto simili a quelle pocanzi attribuite alla dimensione aziendale, sono reperibili anche in ambito giuridico. Nell'idea di Fuller, ed anche tra gli altri di Leoni, alla base del diritto, inteso come «forma orizzontale dell'organizzazione sociale», non troviamo una mera decisione arbitraria, obbligatoria perché giuridica e giuridica in ragione della sua provenienza (*sources thesis*); troviamo bensì elementi razionali che rispondono a cogenti esigenze dettate dalle relazioni che vengono ad instaurarsi tra le persone, e che sono quindi implicite nel fatto stesso dell'organizzazione:

«ad essere determinante, nel diritto come nella politica (e nell'economia), non è più l'elemento coercitivo, ma quello cooperativo: gli uomini si scambiano beni (economia), pretese (diritto), poteri (politica). Da questi scambi scaturiscono degli assetti, delle situazioni che sono poi delle *costellazioni* composte dagli infiniti contributi individuali»²⁵.

Con ogni evidenza, nelle idee proposte da Fuller è facile scorgere l'influenza del liberalismo austriaco di Hayek e di Mises da un lato, e quella di «diritto spontaneo» proposta da Gurvitch dall'altro, ossia l'idea di distinguere tra due forme di socialità, quella spontanea e quella riflessa, e tra due corrispondenti forme di diritto, quello *Unorganized* o *Spontaneous*, e quello *Organized* – o *Enacted* nel lessico di Fuller – nella convinzione che il momento della spontaneità sia infinitamente più genuino ed importante del livello dell'organizzazione frutto di decisioni autoritarie. Insieme ad Angelo Falzea, si potrebbe dire che

«il sociale nel senso del sociologismo giuridico è ciò che senza escludere del tutto (esclusione ovviamente impossibile!) ogni forma di vita e coscienza individuale, mostra la legge autonoma delle strutture dell'esistenza associata e la preponderanza in esse di una realtà collettiva e impersonale o (come dice Gurvitch) transpersonale, alla quale appartiene anche l'ordine giuridico, almeno nelle sue esigenze di fondo»²⁶.

Da tutto quanto detto deriva una rinnovata visione del diritto e della sua funzione (soprattutto quando confrontata a quella proposta dal giuspositivismo in tutte le sue varianti), in base alla quale il diritto non ha più la funzione di imporre dall'alto modelli comportamentali scelti (nel senso di «decisi») in sede politica (legislativa), ha bensì, innanzitutto, la funzione di rendere disponibili forme organizzative capaci di razionalizzare relazioni e pretese interindividuali che con ogni evidenza già esistevano

²⁴ Cfr. A. Porciello, 2016, 89-95.

²⁵ A. Masala, 2013, 697.

²⁶ A. Falzea, 2008, 140.

prima che il diritto entrasse in scena. Alla managerialità verticale voluta dal positivismo giuridico, che raffigura il diritto come un insieme di rapporti simile a quelli che vengono ad instaurarsi in ambito militare, Fuller, lo ripetiamo ancora una volta, contrappone l'idea di un diritto che potremmo definire «orizzontale»²⁷.

3. Il diritto implicito

La dimensione orizzontale di cui finora abbiamo riferito in termini generali, la reciprocità nei rapporti che la caratterizza, nonché le leggi naturali che la rendono possibile, in ambito giuridico vengono identificate nel loro insieme da Fuller attraverso la locuzione «diritto implicito» (*Implicit Law*). In particolare, in *Anatomy of the Law*, l'ultima monografia ufficiale pubblicata da Fuller nel 1968, è racchiuso un esempio particolarmente utile al fine di cogliere in modo immediato tale concetto e le sue tante implicazioni e ricadute sul livello teorico.

Fuller immagina che una nuova nazione, dopo lunghi dibattiti e discussioni, si doti di una Costituzione scritta, «redatta con grande cura e prendendo tutte le precauzioni del caso al fine di stabilire in modo chiaro chi è che crea il diritto e quali sono le regole che deve osservare se vuole produrre norme capaci di vincolare i propri cittadini»²⁸. Il documento costituzionale attribuisce tale funzione ad un Parlamento e nel contempo fissa i criteri attraverso cui eleggere i suoi componenti. Ed il Parlamento, non appena insediatosi, nel totale rispetto del testo costituzionale emette il suo primo atto, una legge sulla produzione che recita quanto segue: «Tutte le leggi che il Parlamento emanerà da questo momento in poi dovranno essere tenute segrete ai cittadini».

Ebbene, Fuller nota che, di là dall'ingiustizia o dall'immoralità di una legge così formulata, dal punto di vista del diritto positivo (*Explicit Law*) e del positivismo giuridico, «tale atto non sembra violare in modo alcuno il testo costituzionale»²⁹, banalmente perché non contraddice nessuna delle sue norme esplicite. Il documento costituzionale immaginato da Fuller, infatti, come d'altronde avviene per molte Carte costituzionali realmente vigenti, nulla prevede in merito alla pubblicazione delle leggi ed al relativo obbligo di rendere noto il loro contenuto ai cittadini.

Il punto che Fuller vuole sottolineare è che, a prescindere da ciò che una Costituzione (immaginaria o reale) possa o non possa prevedere, è «implicito» nella stessa idea di diritto in generale e di Costituzione in particolare, che il contenuto delle leggi debba essere reso accessibile ai destinatari. Per cui, se una legge prevedesse una disposizione sulla segretezza degli atti legislativi quale quella ipotizzata, starebbe certamente violando

²⁷ Con riferimento alla letteratura italiana più recente, degni di nota sono i lavori che Tommaso Greco ha dedicato al concetto di «orizzontalità del diritto»: T. Greco, 2017; T. Greco, 2015. Ed in particolare, di «diritto orizzontale», con esplicito riferimento alla teoria di Fuller, si parla in: T. Greco, 2018.

²⁸ L.L. Fuller, 1968, 60-61.

²⁹ L.L. Fuller, 1968, 61.

la Costituzione, non una sua norma esplicita, ma il suo significato più profondo, la ragione stessa per cui una qualunque Costituzione viene concepita ed emanata. Più in generale starebbe violando il concetto o la natura del diritto, che implicitamente contengono tra i loro elementi essenziali certamente anche un riferimento all'esigenza di pubblicità e di chiarezza dei messaggi legislativi. Perché, se così non fosse, se il diritto potesse legittimamente fare a meno della trasparenza e della chiarezza, verrebbe meno quell'esigenza di reciprocità nei rapporti che, a parere di Fuller, rappresenta l'essenza irrinunciabile della dimensione giuridica.

E discorso simile può essere fatto, ricorda Fuller, per tutti gli altri tipi di aberrazioni che possono affliggere le disposizioni giuridiche: «cosa dire di una legge del tutto incomprensibile? – si chiede Fuller – Di una legge che contraddice sé stessa? Di una legge che va oltre le capacità umane? Oppure ancora di una legge retroattiva?»³⁰. La risposta di Fuller può essere sintetizzata in questi termini: tali situazioni patologiche ci appaiono «aberranti», «assurde», «ingiuste», non perché necessariamente lesive di norme giuridiche espresse, di «porzioni» di diritto positivo, che come abbiamo visto possono anche non essere state previste, ma in quanto lesive di una dimensione implicita del diritto che attiene alla sua stessa natura e che, a prescindere dalla sua positivizzazione, è parte integrante del concetto di diritto. Non accettare l'idea di dimensione implicita del diritto, come d'altronde ha fatto tradizionalmente la teoria del positivismo giuridico, comporta il fatto di pervenire necessariamente all'assurda conclusione per cui,

«un intero codice legislativo emesso segretamente e custodito in una cassaforte dovrebbe essere ritenuto «diritto» tanto quanto una raccolta di norme consegnata direttamente nelle mani di ogni singolo cittadino ed espressa nel modo più chiaro possibile»³¹.

Non è questo il parere di Fuller, per il quale la dimensione implicita del diritto, non solo esiste, ma soprattutto attiene alla sua fisiologia. Ciò per almeno due ordini di ragioni. Innanzitutto, per ragioni che Fuller eredita direttamente da Wittgenstein e che attengono essenzialmente al funzionamento del linguaggio naturale. L'idea è quella per cui quando si comunica un determinato contenuto attraverso il linguaggio, in parte lo si manifesta in modo esplicito attraverso i segni che si hanno a disposizione, ed in parte lo si sottintende, collocandolo in una dimensione implicita del linguaggio. Il che presuppone l'idea per cui nel linguaggio esiste «sempre» un sottotesto, una dimensione implicita che attiene contemporaneamente alla nostra logica ed alla nostra cultura, e che rende in molti casi superflua l'esigenza stessa di esplicitare parte dei contenuti che intendiamo trasmettere.

E l'esempio da cui abbiamo preso le mosse, in cui una Costituzione restava «muta» su una questione così importante qual è quella della segretezza delle leggi, rientrerebbe, nell'ottica di Fuller, ed a pieno titolo, in quest'idea: tanto nel linguaggio naturale, quanto

³⁰ L.L. Fuller, 1968, 61.

³¹ L.L. Fuller, 1968, 62.

nel linguaggio giuridico (*in primis* in quello costituzionale), non tutto deve essere reso esplicito. Il linguaggio giuridico implicito non solo esiste, ma addirittura racchiude in molti casi la parte più importante del messaggio, talmente importante da rendere appunto superflua la sua formalizzazione e, dunque, la sua esplicita comunicazione.

Ciò potrebbe indurci a ritenere che il «diritto implicito», per quanto importante in taluni casi sia, svolga solo una funzione contingente e non necessaria. In molti casi, e riprendendo l'esempio pocanzi proposto, le Costituzioni non rimangono «mute» come quella ipotizzata, ma indicano, ed in modo alquanto preciso, i passi che l'organo legislativo deve compiere, soprattutto in tema di pubblicità, se vuole produrre atti che siano validi dal punto di vista giuridico. Ebbene, dovremmo forse concludere che in tali casi il diritto implicito diviene superfluo? O detto altrimenti, che la dimensione implicita del diritto entra in gioco soltanto quando il diritto resta silente?

Per rispondere a tale domanda, Fuller immagina un secondo scenario ipotetico in tema di retroattività delle leggi. Questa volta una legge regolarmente emessa da un Parlamento dispone che i matrimoni possono essere considerati validi solo a condizione che il pubblico ufficiale autorizzato alla loro celebrazione rediga un documento ufficiale e lo consegni, entro cinque giorni dalla celebrazione del matrimonio, all'ufficio competente. Ma quali sarebbero le conseguenze, si chiede Fuller, se un incendio distruggesse quasi completamente l'archivio di Stato rendendo impossibile la registrazione *secundum legem* per almeno i successivi sei mesi? Ebbene, Fuller a questo punto si chiede quale sia la sorte (giuridica ovviamente) di tutti i matrimoni celebrati in quel lasso di tempo, in chiara ed esplicita violazione della legge sulla registrazione. E l'unica soluzione al problema consiste secondo Fuller nell'emanazione di una nuova legge di carattere eccezionale che, per ragioni di giustizia sostanziale, sani retroattivamente lo status dei matrimoni celebrati in quei sei mesi, che sarebbero altrimenti da considerarsi nulli.

Ma se in quel particolare ordinamento giuridico, continua Fuller, esistesse una norma costituzionale che esplicitamente vietasse l'emanazione di leggi retroattive, anche la legge «riparatrice» andrebbe considerata invalida perché lesiva del dettato costituzionale, e con essa tutti i matrimoni celebrati e privi di registrazione. Il che «mette in evidenza – sottolinea Fuller – quanto difficile sia convertire le pretese implicite della decenza giuridica in espresse limitazioni costituzionali»³².

L'esempio appena sintetizzato offre a Fuller l'opportunità di sottolineare che la positivizzazione di un'esigenza implicita del diritto, di una delle «leggi naturali dell'organizzazione giuridica», comporta inevitabilmente una sua cristallizzazione, che può risultare in taluni casi addirittura incompatibile con le più ovvie esigenze di giustizia e di correttezza. Laddove, invece, ed è questo il fine teorico che Fuller intende raggiungere mediante la sua strategia argomentativa, il «non detto» del diritto, la sua dimensione implicita si presta a bilanciamenti e sacrifici che appaiono a volte indispensabili per il mantenimento della legalità e per la realizzazione anche minima della giustizia. «Alcuni

³² L.L. Fuller, 1968, 64.

allontanamenti dalle ordinarie pratiche legislative – aggiunge Fuller – quali quelli che si attuano mediate leggi retroattive o *ad personam* possono in taluni casi realizzare i fini della legalità e della correttezza»³³. In sintesi, all'esigenza di certezza del diritto esplicito, da sempre baluardo del positivismo giuridico, Fuller contrappone le ragioni della flessibilità del diritto implicito in quanto strumenti di giustizia.

4. L'interazione sociale: l'idea di reciprocità e di partecipazione

Secondo la tesi fondamentale di Fuller, che a mio avviso pervade e condiziona per intero la sua proposta teorica, la dimensione implicita del diritto è presente in tutti i sistemi giuridici, non solo in quelli dominati da fonti consuetudinarie, ma anche in quelli, quali i sistemi contemporanei, che poggiano essenzialmente su fonti espresse (*Enacted law*). E non solo in quella parte di tali sistemi che si concretizzano in rapporti di tipo «orizzontale», come i rapporti contrattuali tra privati ad esempio o nel diritto consuetudinario, ma anche nelle relazioni «verticali» che, invece, sembrerebbero totalmente permeate dal diritto esplicito. Nella sua idea, le relazioni giuridiche verticali, innanzitutto quelle tra governanti e governati, si fondano anche (se non soprattutto) su presupposti impliciti, per una serie di importanti ragioni.

Innanzitutto, perché il significato ed il contenuto delle leggi dipende in larga misura dal modo in cui governanti e cittadini interagiscono. Ecco le parole di Fuller in proposito:

«ci aspettiamo che la comprensione da parte dei cittadini di ciò che il diritto richiede loro determinerà almeno in parte le loro decisioni e le loro azioni. E tale comprensione dipende a sua volta dalle loro aspettative relative a come presumibilmente lo intenderanno i funzionari incaricati di produrre ed applicare il diritto»³⁴.

Con ciò Fuller intende dire che l'esistenza del diritto formalmente emanato come sistema effettivamente funzionante

«dipende dall'instaurarsi di stabili aspettative interazionali fra legislatore e cittadino. Da un lato il legislatore deve essere capace di aspettarsi che, nel complesso, i cittadini approveranno come diritto, ed in genere rispetteranno, il sistema di norme che il legislatore avrà promulgato. Dall'altro lato, il soggetto di diritto deve essere messo in condizione di prevedere che il governo si atterrà alle norme da esso stesso poste al momento di giudicare gli atti del cittadino»³⁵.

Tornando al punto dal quale abbiamo preso le mosse, nell'idea di Fuller, alla base del diritto, anche di quello esplicitamente formulato, non troviamo un fatto autoritario, mera

³³ L.L. Fuller, 1968, 65.

³⁴ G.J. Postema, 1999, 261.

³⁵ L.L. Fuller, 2019, 35-36.

forza, o qualunque altro concetto in grado di spiegare l'obbedienza tributata al diritto in termini di coercizione, come in genere le teorie del giuspositivismo giuridico hanno sostenuto; alle radici del diritto troviamo relazioni e reciproche aspettative, quasi sempre implicite, che precedono, limitano ed in un certo senso giustificano l'autorità di cui il diritto deve necessariamente dotarsi. Il diritto, in tutte le sue forme, nasce in un contesto, un contesto fatto di rapporti ed esigenze reciproche, senza le quali diviene impossibile comprendere il suo significato più profondo. Da ciò l'idea per cui un ordine giuridico sufficientemente funzionante e stabile debba necessariamente poggiare su uno sforzo cooperativo tra governanti e governati, in tal senso uniti da un rispettoso rapporto informato alla reciprocità. Quando la reciprocità s'indebolisce o viene addirittura del tutto meno, con essa collassa anche l'ordine giuridico, che si trasforma in un mero esercizio di forza.

Quest'idea di reciprocità avanzata da Fuller presuppone a sua volta una precisa funzione del diritto, quella di creare una stabile cornice in cui i cittadini possano esercitare una *Self-Directed Interaction*: non un mero esercizio di libertà individuale, attraverso il quale i singoli all'interno di un'area di intangibilità perseguono egoisticamente i loro propri interessi senza interferenze da parte dell'autorità, ma una libertà riflessiva in cui ogni agente è sicuro del fatto che la propria percezione del contenuto delle regole corrisponderà alla percezione degli altri agenti, ed in cui i cittadini possono anticipare e prevedere il modo in cui i funzionari interpreteranno e applicheranno il diritto. Non perché il linguaggio del diritto permetta loro tale accurata previsione, bensì perché entrambe le parti, funzionari e cittadini, sono protagonisti di una medesima impresa collettiva e cooperativa improntata alla reciprocità e alla partecipazione.

Quanto detto non vale solo per la legislazione, ma anche per tutte quelle forme di organizzazione sociale di cui il diritto, in quanto impresa finalizzata ad assoggettare le condotte al governo delle regole, necessariamente si compone. Ecco allora che il giudizio (nel senso ampio di *Adjudication*), le elezioni, i contratti divengono in quest'ottica forme organizzative che per poter svolgersi correttamente richiedono il rispetto, tra gli altri, di requisiti impliciti, quali la reciprocità e la partecipazione.

«*Adjudication*, contratti, elezioni – e come abbiamo visto innanzitutto la stessa legislazione – sono (...) modi di conseguire una decisione, di ricomporre dispute e di definire i rapporti reciproci tra gli individui. Ritengo – sottolinea Fuller – che la caratteristica saliente di ciascuna di queste forme debba essere reperita nel modo in cui la parte coinvolta *partecipi* al raggiungimento della decisione»³⁶.

Ed in modo del tutto coerente rispetto a quanto già detto in relazione al diritto implicito e alle leggi naturali della legislazione, discorso molto simile ora Fuller propone per le altre forme di organizzazione sociale caratteristiche del fenomeno giuridico: al

³⁶ L.L. Fuller, 2016, 188.

netto delle differenze e delle peculiarità, resta il fatto che ciascuna di queste forme si approssimerà alla sua manifestazione ideale solo quando si realizzeranno a pieno le sue esigenze implicite.

Questa impostazione metodologica, schiettamente non positivista, richiede in molti casi un vero e proprio ribaltamento di prospettiva: se, ad esempio, di regola si tende a reperire il tratto caratteristico del «giudizio» nella figura dell'organo giudicante, nei suoi poteri e nelle sue funzioni, Fuller lo individua nella figura delle parti e del loro grado di partecipazione alla decisione. Tutti gli altri elementi che tradizionalmente caratterizzano il procedimento decisionale, a partire dall'imparzialità e dalla terzietà del decisore, altro non sono che una diretta conseguenza dell'imprescindibile esigenza di partecipazione delle parti coinvolte. Detto altrimenti, il fatto che l'organo giudicante debba essere imparziale non è frutto di una decisione, di una concessione, non rappresenta una tra le tante possibilità di concepire ed organizzare il giudizio, è bensì l'elemento (non contrattabile) che dà significato al giudizio stesso. Perché un giudizio senza partecipazione effettiva delle parti non è realmente tale, e la partecipazione è reale solo quanto avviene in una cornice d'imparzialità.

E lo stesso vale, ad esempio, per le elezioni, in quanto forma giuridica di organizzazione sociale:

«le elezioni – evidenza Fuller – possono essere svolte attraverso molte forme. (...) Ed anche la votazione può essere organizzata attraverso molteplici modalità. (...) Cionondimeno, tutte queste espressioni di democrazia politica hanno in comune il fatto di affidare ai soggetti coinvolti nella decisione una peculiare forma di partecipazione alla stessa. (...) Le condizioni ottimali, atte a dare il più pieno significato a tale partecipazione, includono, ad esempio, un elettorato ben informato e consapevole, un suo attivo interesse ai problemi, nonché una discussione pubblica di tali problemi che sia imparziale. E poi ci sono tutte quelle condizioni essenziali senza le quali la partecipazione dei votanti perderebbe del tutto di significato. Tra queste troviamo il fatto che i voti vengano contati onestamente, che le urne elettorali non vengano manipolate, che non avvengano atti d'intimidazione etc.»³⁷.

Ciò premesso, dovrebbe adesso essere chiaro il perché sia così centrale ed importante l'idea di diritto implicito nella costruzione teorica di Fuller. A suo avviso ogni allontanamento dai suoi principi costituisce, sì una lesione di determinati requisiti giuridici (benché impliciti), ma soprattutto un affronto nei confronti della persona in quanto agente responsabile. Tenendo sempre bene a mente che il soggetto giuridico di Fuller, in quanto agente responsabile, «non è semplicemente una persona che dispone di scelte, e neanche una persona proiettata verso i soli propri interessi, in modo conforme all'idea greca di cittadino essa viene concepita come un partecipante attivo all'ordine giuridico»³⁸.

³⁷ L.L. Fuller, 2016, 189.

³⁸ K. Rundle, 2013, 99-100.

L'importanza che Fuller assegna all'assetto procedurale del diritto, *in primis* in tema di legislazione, deriva direttamente dalla centralità implicita assegnata alla persona e alla sua dignità, perché il rispetto delle procedure che governano il diritto rende possibile (oltre che visibile) l'utilizzo della *Capacity of Agency*, il valore fondativo della legalità.

5. Conclusione: la natura morale della «Inner Morality of Law»

Una delle principali obiezioni mosse a Fuller, innanzitutto da parte di Hart, è quella per cui, per quanto condivisibile possa essere l'importanza assegnata ai principi procedurali che governano la legislazione e le altre forme di organizzazione sociale, resta fermo ed incontrovertibile il fatto che il rispetto da parte dell'ordinamento giuridico di tali requisiti sia del tutto compatibile con la più palese delle ingiustizie. Ecco il celebre commento espresso da Hart a riguardo:

«certamente queste caratteristiche del controllo attuato attraverso norme sono strettamente collegate con quelle esigenze della giustizia che i giuristi chiamano principi di legalità. E infatti un critico del positivismo – ovviamente Hart fa riferimento a Fuller – ha voluto vedere proprio in questo aspetto del controllo normativo qualcosa che costituisce una connessione necessaria tra diritto e morale e ha suggerito di chiamarlo *La moralità interna del diritto*. Anche qui, se questo è il significato della connessione tra diritto e morale, possiamo accettarlo. Esso è purtroppo compatibile con la più grande iniquità»³⁹.

Non è questa la sede adatta per ricostruire in modo analitico il dibattito tra Hart e Fuller⁴⁰, è opportuno quantomeno notare, però, che tale critica, peraltro una delle più ricorrenti quando si commenta l'opera di Fuller, non sia affatto persuasiva. Ed in effetti, Fuller non ha mai sostenuto che il rispetto dei canoni della *Inner Morality of Law*, e lo stesso certamente vale per i requisiti impliciti nelle altre forme di organizzazione sociale, garantisca il conseguimento dei soli fini equi e giusti, e di converso l'esclusione di quelli ingiusti. Pensiamo, ad esempio, al passo della *Moralità del diritto* in cui il giurista americano paragona l'attività giuridica all'arte della carpenteria: «un carpentiere coscienzioso, che abbia imparato bene il suo mestiere e mantenga efficiente i suoi strumenti potrebbe, si può supporre, dedicarsi altrettanto bene alla costruzione di una capanna per ladri e a quella di un asilo per orfani»⁴¹. Insomma, del fatto che nessuna virtù procedurale possa nei fatti impedire che i governanti «costruiscano capanne per ladri», Fuller è ovviamente ben cosciente.

Il suo argomento è più sottile e non riguarda i risultati che il rispetto del «Rule of Law» potrebbe garantire in termini morali, come Hart gli attribuisce, ma casomai gli

³⁹ H.L.A. Hart, 2002, 241.

⁴⁰ Per una ricostruzione critica del dibattito mi permetto di rimandare ancora una volta a A. Porciello, 2016, 103 e ss.

⁴¹ L.L. Fuller, 1986, 203.

effetti che il suo non rispetto immancabilmente produce. Ed è qui che ha sede quella connotazione morale che Fuller attribuisce ai principi procedurali impliciti: sono morali non per ciò che possono garantire in termini di risultati, ma per il fatto di presupporre ed implicare una precisa idea di persona ed un altrettanto precisa idea dei rapporti (giuridici) che devono intercorrere tra chi produce il diritto e chi vi è sottoposto. Nella consapevolezza per cui ogni allontanamento da tali principi costituisce un affronto alla persona in quanto agente responsabile.

Il cuore pulsante della teoria di Fuller non è la «forma», o comunque non la «forma in quanto tale», non sono le procedure, ma la persona, la sua libertà e la sua capacità di agire. La teoria di Fuller non può essere rubricata come una variante debole del giuspositivismo, perché col giuspositivismo non condivide né il metodo, né le finalità teoriche. Nella sua idea, le forme, la struttura, la certezza sono sì importanti, ma sempre perché funzionali al vero obiettivo dell'impresa giuridica: il benessere delle persone, che trova nella libertà il suo primo indicatore.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

FALZEA Angelo, 2008, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto di diritto*, VI edizione aggiornata ed ampliata. Giuffrè, Milano.

FASSÒ Guido, 2006, *Storia della filosofia del diritto*, vol. III. Laterza, Roma.

FULLER Lon L., 2014, *Il diritto alla ricerca di sé stesso*, a cura di A. Porciello. Rubbettino, Soveria Mannelli (ed. or. *The Law in Quest of Itself*, Northwestern University, 1940).

FULLER Lon L., 1954, «American Legal Philosophy at Mid-Century. A Review of Edwin W. Patterson's Jurisprudence, Men and Ideas of the Law». In *Journal of Legal Education*, n. 6.

FULLER Lon L., 1986, *La moralità del diritto*, a cura di A. Dal Brollo. Giuffrè, Milano. (ed. or. *The Morality of Law*, Yale University Press, 1964).

FULLER Lon L., 2005, «Il positivismo e la fedeltà al diritto. Una replica ad Hart». In *Il Positivismo giuridico contemporaneo. Un'antologia*, a cura di A. Schiavello e V. Velluzzi. Giappichelli, Torino (ed. or. «Positivism and Fidelity to Law. A Reply to Professor Hart», in *Harvard Law Review*, 71, 1957).

FULLER Lon L., 1968, *Anatomy of the Law*. Frederick A. Praeger, Santa Barbara, California.

FULLER Lon L., 1981, *The Principles of Social Order. Selected Essays of Lon L. Fuller*, a cura di K. Winston. Duke University Press, Durham.

FULLER Lon L., 2019, «Il diritto e l'interazione tra gli uomini». In *Politica.eu*, anno 3, n. 2.

FULLER Lon L., 2016, «Forme e limiti della Adjudication». In *Scritti sulla certezza tra teoria e prassi del diritto*, a cura di A. Porciello, Ets, Pisa (ed. or. *The Forms and Limits of adjudication*, in *Harvard Law Review*, 92, 1978).

GRECO Tommaso, 2017, «Algunas Reflexiones sobre la Horizontalidad del Derecho». In *Cronica Juridica Hispalense*, n. 14.

GRECO Tommaso, 2015, «*The Reality of Rights. On Horizontal and Vertical Relationship in Law*». In *Soft Power*, vol. 2, n. 2.

GRECO Tommaso, 2018, «*Un Boulevard per Lon Fuller*». In *Ordines. Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee*, n. 2.

HART Herbert L.A., 2002, *Il concetto di diritto*. Einaudi, Torino (ed. or. *The Concept of Law*, Clarendon Press, 1961).

KRAMER Matthew H., 2006, *Objectivity and the Rule of Law*. Cambridge University Press, Cambridge.

MASALA Antonio, 2013, «Libertà e diritto nel pensiero di Bruno Leoni». In *Storia del liberalismo in Europa*, a cura di P. Nemo e J. Petitot. Rubbettino, Soveria Mannelli.

PORCIELLO Andrea, 2016, *Principi dell'ordine sociale e libertà individuale. Saggio sulla Jurisprudence di Lon L. Fuller*. Ets, Pisa.

POSTEMA Gerald J., 1999, «Implicit Law». In *Rediscovering Fuller: Essays on Implicit Law and Institutional Design*, a cura di W. Witteveen e W. van der Burg. Amsterdam University Press, Amsterdam.

RUNDLE Kristen, 2013, *Forms Liberate. Reclaiming the Jurisprudence of Lon L. Fuller*. Hart Publishing, London.

SCHAUER Frederick, «Fuller on the Ontological Status of Law». In *Rediscovering Fuller: Essays on Implicit Law and Institutional Design*, a cura di W. Witteveen e W. van der Burg. Amsterdam University Press, Amsterdam.

SELZNICK Philip, «Preface». In *Rediscovering Fuller: Essays on Implicit Law and Institutional Design*, a cura di W. Witteveen e W. van der Burg. Amsterdam University Press, Amsterdam.

WITTEVEEN Willem, VAN DER BURG Wibren (a cura di), 1999, *Rediscovering Fuller: Essays on Implicit Law and Institutional Design*. Amsterdam University Press, Amsterdam.