



F i l o s o f i
e filosofie
del diritto

collana diretta da
Aldo Schiavello e Vito Velluzzi

comitato scientifico

Alberto Andronico, Damiano Canale, Gaetano Carlizzi,
Corrado Del Bò, Enrico Diciotti, Gianmarco Gometz,
Tommaso Greco, Dario Ippolito, Lorenzo Milazzo,
Nicola Muffato, Carlo Nitsch, Giorgio Pino, Francesca Poggi,
Andrea Porciello, Susanna Pozzolo, Giovanni Battista Ratti,
Mario Ricciardi, Andrea Rossetti, Carlo Sabbatini, Persio Tincani

Lon L. Fuller

Scritti sulla certezza tra teoria e prassi del diritto

a cura di
Andrea Porciello

vai alla scheda del libro su www.edizioniets.com



Edizioni ETS



www.edizioniets.com

© Copyright 2016
EDIZIONI ETS
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa
info@edizioniets.com
www.edizioniets.com

Distribuzione
Messaggerie Libri SPA
Sede legale: via G. Verdi 8 - 20090 Assago (MI)

Promozione
PDE PROMOZIONE SRL
via Zago 2/2 - 40128 Bologna

ISBN 978-884674453-1

INDICE

<i>Prefazione</i> di Mauro Barberis	7
<i>Ringraziamenti</i>	13
<i>Avvertenze del curatore</i>	15

Parte Prima

CERTEZZA GIURIDICA E CONCETTO DI DIRITTO

Saggio introduttivo	
<i>Il problema della certezza tra realismo giuridico e normativismo</i> A. Porciello	21
<i>Il realismo giuridico americano</i>	33
<i>Il diritto alla ricerca di se stesso (estratto)</i>	71

Parte Seconda

CERTEZZA GIURIDICA E FINZIONI DEL DIRITTO

Saggio introduttivo	
<i>Certezza giuridica e finzioni del diritto</i> A. Porciello	95
<i>Cos'è una finzione giuridica?</i>	109

Parte Terza

CERTEZZA GIURIDICA E DECISIONI DEL DIRITTO

Saggio introduttivo	
<i>Le decisioni giuridiche tra aspirazioni razionali ed elementi discrezionali</i> A. Porciello	147
<i>Ragione e discrezionalità nel Case Law</i>	161
<i>Forme e limiti della Adjudication</i>	179

APPENDICE

<i>Un postscriptum filosofico: diritto naturale e positivismo giuridico</i>	239
<i>Indice dei nomi</i>	247

PREFAZIONE

di Mauro Barberis

Sono onorato dell'invito a presentare il primo libro di questa collana, e ancor più del fatto che si tratti di un'antologia di testi di Lon Fuller curata da Andrea Porciello, suo maggiore specialista italiano. Perché Fuller è uno dei grandi della filosofia del diritto novecentesca: un'epoca nella quale avere idee proprie era ancora più importante che essere capaci di analizzare idee altrui. Perché la posizione di Fuller è davvero originale: forse, come quella del suo allievo Ronald Dworkin, più vicina a giusrealismo e pragmatismo nordamericani che al giusnaturalismo tradizionale. Ma soprattutto perché non c'è esempio migliore di Fuller dell'usura delle etichette giusfilosofiche tradizionali. Famoso per la polemica con Herbert Hart, in realtà Fuller sembra parteciparvi più come il filosofo antiformalista di Harvard opposto al teorico formalista di Oxford, che come il campione del giusnaturalismo contro il giuspositivismo.

S'è parlato molto, nella filosofia del diritto "latina", del neocostituzionalismo: etichetta rapidamente usurata anch'essa, e che oggi designa più l'oggetto della discussione odierna – il diritto costituzionalizzato post-Auschwitz, irriducibile al diritto legislativo precedente – che una nuova corrente filosofica. Altrettanta attenzione avrebbe meritato il neogiusnaturalismo, caratterizzato dall'abbandono delle certezze tipiche del giusnaturalismo tradizionale, oltre che della stessa etichetta 'diritto naturale', dalla rivalutazione del diritto positivo, ma soprattutto dalla ricerca di una terza via fra giusnaturalismo e giuspositivismo. Come altri neogiusnaturalisti, Fuller cerca di conservare alla riflessione sul diritto un ruolo filosofico (anche normativo e valutativo), oltre al ruolo teorico (esclusivamente conoscitivo) attribuitole dai giuspositivisti.

È sin troppo noto che Hart ha opposto giusnaturalismo e giuspositivismo ridefinendoli, rispettivamente, nei termini di una Tesi della connessione necessaria e di una Tesi della separazione, o separabilità, o connessione non necessaria fra diritto e morale: dicotomia che, dopo aver fatto correre fiumi d'inchiostro, oggi appare non meno usurata delle etichette di cui dovrebbe regolare l'uso. La necessità della connessione, infatti, può dipendere solo dalle definizioni di 'diritto' e di 'morale' scelte dagli studiosi a seconda dei rispettivi interessi solo conoscitivi (teorici) o anche normativi e valutativi (filosofici). Di fatto, questa dicotomia è ormai sostituita da altre anche fra gli allievi di Hart, e comunque potrebbe reinterpretarsi come segue, in un modo che renderebbe più chiaro anche le vere differenze fra Hart e Fuller.

Per connessione necessaria fra diritto e morale potrebbe intendersi la tesi di un nesso ineliminabile fra conoscenza, norme e valutazioni sul diritto; ciò a cui filosofi neogiusnaturalisti come Fuller non vogliono rinunciare, e che i teorici giuspositivisti invece contestano, in effetti, è che la conoscenza del diritto dipenda da prelieve scelte normative e valutative. Per separazione, separabilità o non necessaria connessione fra diritto e morale, simmetricamente, potrebbe intendersi l'altrettanto ineliminabile distinzione fra conoscenza, normazione e valutazione: la conoscenza non dipende necessariamente da norme e valutazioni, come vorrebbero i filosofi giusnaturalisti, semmai sono queste ultime che dipendono da una previa conoscenza del loro oggetto, come sostengono i teorici giuspositivisti.

L'unica cosa certa è che comunque si formuli la dicotomia, Fuller tende sempre a collocarsi dal lato giusnaturalista. Ma perché la varietà delle posizioni nello scenario giusfilosofico deve per forza raffigurarsi come una dicotomia? Ci sarà una ragione, dopotutto, se tutte le posizioni emergenti nel dibattito odierno si presentano come terze rispetto alle due tradizionali. Lo stesso Fuller, da rappresentante di una cultura giuridica statunitense che non s'è mai riconosciuta granché in dicotomie del genere, diceva che giusnaturalismo e giuspositivismo sono solo poli estremi di un *continuum* di posizioni. Tutti gli autori e scuole reali si collocano in qualche punto di questo schema bipolare: schema al quale si può ricorrere solo per collocare provvisoriamente gli uni e le altre nelle nostre mappe intellettuali.

Sempre Fuller considera come decisive per la collocazione dalla parte del giusnaturalismo o del giuspositivismo le percentuali di ragione e volontà – *ratio* e *voluntas*, per dirla con Kaarlo Tuori, *reason and fiat*, per usare l'espressione dello stesso Fuller – presenti nella ricetta giusfilosofica di ogni autore o scuola. Quanti vengono etichettati come giusnaturalisti tendono di solito a sopravvalutare il ruolo della ragione nella vita del diritto; simmetricamente, quanti vengono etichettati come giuspositivisti tendono a sopravvalutare il ruolo della volontà. Quanto allo stesso Fuller, ahimè, egli ritiene di collocarsi in una sorta di giusto mezzo fra le posizioni estreme da lui stesso individuate: un artificio retorico, ma anche un atteggiamento mentale, spesso condiviso con il presunto rivale Hart.

Probabilmente ha ragione Joseph Raz quando afferma che, per discutere seriamente un autore in carne e ossa, bisogna mettere da parte tutte le etichette e prendere più sul serio quanto ha da dirci; questo, comunque, è quel che farò qui di seguito, e che consiglio di fare al lettore. La maggior parte dei lavori qui antologizzati, come mostra il curatore nelle ricche introduzioni, ruota attorno al tema della certezza del diritto: tipico ideale giuspositivista, ammette lo stesso Fuller facendolo risalire a Thomas Hobbes. Costui, da bravo scrittore di diritto naturale, avrebbe avuto proprio il merito di costruire esplicitamente la propria

filosofia del diritto su tale preciso ideale etico e politico: senza cercare di gabelarlo per teoria conoscitiva, come farebbero invece i suoi epigoni giuspositivisti.

Nella prima delle tre parti in cui è divisa l'antologia, Fuller si confronta con questo ideale di certezza discutendo il realismo giuridico statunitense, movimento quasi contemporaneo ai due testi qui tradotti, *American Legal Realism* (1934) e un estratto del suo primo libro, recentemente tradotto da Porciello, *The Law in Quest of Itself* (1940). La seconda parte riporta il primo lavoro di Fuller, il saggio *What is a Legal Fiction?* (1930-31), poi riedito nel volume *Legal Fictions* (1967). La terza parte si occupa dell'*adjudication* di *common law*, nei saggi *Reason and Fiat in Case Law* (1966) e *Forms and Limits of Adjudication* (1978). Il tema della certezza resta latente anche nell'epilogo *A Philosophical Postscript: Natural Law and Legal Positivism*, tratto da *Anatomy of Law* (1968).

Rispetto al capolavoro di Fuller, *The Morality of Law* (1964, 1969), che per mezzo secolo è stata la sua unica opera leggibile in italiano, questi lavori correggono una falsa impressione. Leggendo le famose pagine sulla morale interna al diritto, opposta alle tante morali esterne di cui si occupano i giusnaturalismi tradizionali, e in particolare gli ancor più famosi otto requisiti della *legality* – generalità, pubblicità, chiarezza, irretroattività, non antinomicità, adempimento non impossibile, cambiamento non vorticoso, applicazione non infedele – l'ideale di certezza sembrava di tipo strettamente legislativo: mentre di ideali siffatti ve ne sono almeno due, uno solo legislativo e uno anche, se non soprattutto, giudiziale, ai quali per chiarezza mi riferirò qui di seguito con due nomi diversi.

L'ideale *legislativo* di certezza del diritto, chiamato da Bruno Leoni "a breve termine", potrebbe indicarsi con i nomi continentali di Stato di diritto o principio di legalità: dove peraltro 'diritto' e 'legalità' si riferiscono essenzialmente alla legge, ordinaria o costituzionale. In base all'ideale dello Stato di diritto così concepito – perché il *Rechtsstaat* originario chiedeva poco più del controllo giudiziale sulle decisioni amministrative – tutte le questioni sollevabili in sede giurisdizionale devono essere previamente regolate da una legge, che il giudice deve poi applicare fedelmente: e poco importa se le leggi cambiano e si moltiplicano così rapidamente che anche il giudice riesce a malapena a reperirle. Un buon esempio di tale ideale è l'irretroattività del diritto penale: nessun reato, nessuna pena, senza una previa *legge* penale.

L'ideale *giudiziale* di certezza del diritto, che Leoni chiama "a lungo termine", potrebbe invece indicarsi con il nome inglese di *rule of law*: dove simmetricamente 'law' significa meno legge che diritto, riferendosi anche a un diritto giudiziale, il *common law*. Orbene, secondo l'ideale del *rule of law* così concepito, la certezza consiste nel fatto che tutte le questioni giuridiche – forse salvo un ristretto numero di questioni eminentemente politiche – devono essere giustiziabili, ossia controllabili giudizialmente, sulla base di leggi ma anche di precedenti giudiziali, ossia decisioni anteriori che il giudice successivo ritiene

ex post facto applicabili al caso. Si ripensi allora al requisito dell'irretroattività: a proposito del quale Fuller, qui, non ha difficoltà ad ammettere che i precedenti sono sempre parzialmente retroattivi.

Orbene, i saggi antologizzati in questo volume, e particolarmente i lavori della prima parte, sul realismo giuridico, e della terza, sull'*adjudication*, rimettono in questione la tranquillizzante formulazione legislativa dell'ideale della certezza sborzata in *The Morality of Law*: ricordandoci che Fuller è pur sempre un giurista di *common law*, benché rappresentativo più della versione antiformalista nordamericana che della variante formalista inglese. Così, una volta lo sentiamo dichiarare, a scanso di equivoci, che personalmente a una sostituzione del *case law* con la legislazione non ci pensa nemmeno; un'altra volta, poi, lo vediamo bacchettare Friedrich Hayek – che diverrà in seguito il maggior apologeta novecentesco della versione specificamente giudiziale della certezza del diritto – per aver osato mettere in dubbio, in un saggio degli anni Cinquanta, che il *case law* sia compatibile con il *rule of law*.

In effetti, Hayek avrebbe riconciliato *case law* e *rule of law* solo a partire dalla svolta evoluzionista degli anni Sessanta, riconfigurando il *common law*, sulla scorta di Lord Mansfield, come un diritto per principi, le *rationes decidendi* estraibili dai precedenti; non è chiaro, invece, e comunque non mi azzardo a chiedermelo qui, come Fuller riesca a riconciliare l'ideale dello Stato di diritto fornito in *The Morality of Law* con l'ideale del *rule of law* difeso in questa antologia. Da un lato, si può solo ricordare che l'ideale stesso, e gli otto requisiti che lo sostanziano, sono regolativi, soddisfacibili in misura diversa e mai del tutto, e che solo ove tutti e otto i requisiti vengano violati il diritto, per Fuller, cesserebbe di essere tale. Dall'altro, è più interessante occuparsi proprio dell'*adjudication*: tema forse più trattato, in questa antologia, della stessa certezza del diritto.

In *Forms and Limits of Adjudication* – forse il saggio più importante della raccolta, non foss'altro perché è cronologicamente l'ultimo, pubblicato postumo subito dopo la morte dell'autore – la dottrina dell'*adjudication* di Fuller appare originale almeno per due ragioni. Anzitutto, perché configura il giudizio di *common law* come un'istituzione sociale basata non sulla condivisione di fini o valori (una *teleocracy*, l'avrebbe chiamata Hayek) ma sulla reciprocità delle aspettative (una *nomocracy*, sempre in Hayek): configurazione che mostra la parentela della posizione di Fuller con la contemporanea letteratura giusevoluzionista. Ma poi, e soprattutto, la dottrina di Fuller è originale perché presenta l'*adjudication* dal punto di vista delle parti del processo e non del giudice, attribuendole connotazioni quasi-democratiche.

Per Fuller, è come parti nel processo – non come giurati, o magari come elettori dei giudici, istituiti da lui neppure menzionati – che i cittadini partecipano quasi-democraticamente all'amministrazione della giustizia: fornendo al giudice, tramite i propri avvocati, ragioni in conflitto ma tali da contribuire co-

munque alla soluzione definitiva del caso, anche quando i giudici che la formulano non sono obbligati a rispettare la cornice predisposta dalle parti. Andando oltre Fuller, allora, la produzione del diritto (*legal process*) potrebbe raffigurarsi per analogia con il funzionamento dei prezzi sul mercato: come l'informazione economica si trasmette dai consumatori ai produttori tramite i prezzi, così l'informazione giuridica, *mix* di credenze e di atteggiamenti normativi, si trasmette dai cittadini al legislatore tramite l'*adjudication*.

Pare di capire che per Fuller i cittadini parteciperebbero quasi-democraticamente alla produzione del diritto non solo partecipando alle elezioni, ossia scegliendo il legislatore, ma anche partecipando al processo in qualità di parti che forniscono ragioni alla decisione del giudice. A me pare che questi due modi di produrre diritto, benché di fatto presenti e complementari, specie nel *common law*, in tutta la tradizione giuridica occidentale, siano in realtà profondamente diversi: anche perché rispondono, come direbbe Luigi Ferrajoli, a due legittimità completamente diverse. La decisione del giudice è legittima in quanto risolve giustamente il caso, o come dice lo stesso Fuller, in quanto dichiara i diritti delle parti: facendo giustizia in un senso meramente giuridico o procedurale, prossimo alla *internal morality of law*.

La decisione del legislatore è legittima, invece, formalmente in quanto espressa in base alle regole della democrazia, sostanzialmente in quanto corrisponde alle aspettative dell'opinione pubblica comunque espresse; a questo proposito si può parlare di giustizia in un altro senso, non più giuridico ma politico o sociale, e più prossimo alla *external morality* o, piuttosto, alle *external moralities*, al plurale, di Fuller. I due modi di produrre diritto non sono necessariamente confliggenti: come si pensava nella Francia della Rivoluzione francese o come si pensa ancora nell'Italia dei conflitti fra politica e magistratura. Giudizialmente, il diritto è prodotto solo per il caso concreto, anche se poi può fare giurisprudenza e ispirare leggi; legislativamente, invece, è prodotto in astratto, per tutti e per nessuno in particolare.

Adjudication e *legislation* sembrano dunque due modi diversi ma compatibili di produrre diritto; e l'unica cosa certa è che quando si è tentato di sostituirli l'uno con l'altro – in pratica, solo quando si è tentato di sostituire il giudice con il *référé législatif*: il preteso governo dei giudici, sinché questi pronunciano su richiesta di parte, è impossibile nel senso di inconcepibile – la cosa non ha mai funzionato. Una cosa fra le tante che s'imparano da questo libro, dunque, è che alla produzione del diritto possono concorrere, in ruoli diversi, legislatori e giudici; che le loro funzioni sono complementari, riguardando rispettivamente casi astratti e casi concreti, e che persino quando entrano in conflitto, come avviene nel controllo di costituzionalità delle leggi, dalla loro *concordia discors* dipende la vitalità delle nostre istituzioni politiche e giuridiche.

RINGRAZIAMENTI

Circa un paio di anni fa ho invitato a Catanzaro gli amici Aldo Schiavello e Vito Velluzzi affinché tenessero una lezione per i nostri studenti di dottorato. Più volte, in quella lezione, si è fatto riferimento al pensiero di Lon Fuller ed in particolare alle riflessioni che il filosofo del diritto statunitense ha dedicato all'interpretazione giuridica e ai suoi più delicati problemi. È proprio alla fine di quell'incontro che Aldo e Vito mi hanno proposto di "confezionare" un'antologia dedicata a Fuller per la loro nascente collana di traduzioni giusfilosofiche. Sono infinitamente grato per quella proposta, e per lo stimolo intellettuale che ne ho ricevuto, senza il quale il presente volume non avrebbe mai visto la luce. Il primo ringraziamento va dunque a loro.

Un altro ringraziamento va agli studiosi ed agli amici che a vario titolo hanno contribuito alla (ri)uscita di questo volume: Alberto Scerbo, Mauro Barberis, Tommaso Greco, Massimo La Torre, Alessandra Callegari, Sergio Ferlito, Francesco Riccobono, Paola Chiarella, Javier Ansuategui, Ana Rodríguez Álvarez e Susanna Pozzolo; nonché ai due eminenti filosofi del diritto statunitensi David Luban e Brian Bix, entrambi profondi conoscitori della filosofia di Lon Fuller: le discussioni con loro intrattenute sono state di grande utilità ed ispirazione, tanto per questo, quanto per gli altri lavori che ho dedicato al pensiero di Fuller.

Come sempre, un ringraziamento speciale va infine a Carme.