

Andrea Porciello

Principi dell'ordine sociale
e libertà individuale

Saggio sulla *Jurisprudence* di Lon L. Fuller

vai alla scheda del libro su www.edizioniets.com



Edizioni ETS



www.edizioniets.com

*Questo volume è stato pubblicato con il contributo del
Dipartimento Scienze Giuridiche, Storiche Economiche e Sociali
Università degli Studi «Magna Graecia» di Catanzaro*

© 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 978-884674670-2

INDICE

Prefazione	11
1. <i>Oblío e riscoperta di un filosofo del diritto sui generis</i>	11
2. <i>Lon Fuller alle radici del neocostituzionalismo</i>	21
3. <i>Struttura del volume e suoi obiettivi</i>	26
4. <i>Ringraziamenti</i>	30
CAPITOLO I	
Prima fase: antipositivismo ed <i>economics</i>	31
1. <i>L'antipositivismo di Fuller: una questione di metodo</i>	31
1.1. <i>Fuller, il realismo giuridico americano...</i>	34
1.2. <i>... e il normativismo di Kelsen</i>	44
2. <i>Un metodo antipositivista: la riconciliazione di quattro dicotomie</i>	53
2.1. <i>Fatto e valore</i>	54
2.2. <i>Essere e dover essere</i>	59
2.3. <i>Mezzi e fini</i>	67
2.4. <i>Ragione e decisione</i>	73
3. <i>Il progetto dell'eunomia come chiave di lettura del concetto di diritto di Fuller</i>	76
3.1. <i>Le leggi naturali dell'ordine sociale</i>	79
3.2. <i>I fini ultimi del diritto</i>	83
3.3. <i>Le forme e i limiti della "libertà"</i>	86
3.4. <i>Lon Fuller e Bruno Leoni: due forme simili di liberalismo</i>	89
4. <i>L'eunomia come applicazione del metodo aristotelico</i>	96
5. <i>Conclusioni. Un nuovo metodo ed un rinnovato concetto di diritto</i>	100
CAPITOLO II	
Seconda fase: gli anni del dibattito	103
1. <i>Un dibattito in tre "atti"</i>	103
2. <i>Primo atto: gli articoli del 1958</i>	107
2.1. <i>Hart e la separation thesis</i>	107
2.2. <i>Fuller e l'incompletezza del positivismo giuridico</i>	118

3. <i>Secondo atto: la moralità del diritto</i>	128
3.1. <i>La morale del dovere e la morale dell'intenzionalità</i>	130
3.2. <i>La morale che rende possibile il diritto</i>	135
3.3. <i>Legalità e giustizia: le critiche di Hart (e di Raz)</i>	137
3.4. <i>Tre possibili spiegazioni della moralità degli otto canoni del Rule of Law</i>	144
4. <i>Terzo atto: la replica ai critici</i>	157
5. <i>Conclusioni. Il concetto di persona implicito nella moralità interna del diritto: la persona come agente responsabile e l'eunomia</i>	160
 CAPITOLO III	
Terza fase: l'anatomia del diritto e il "post Fuller"	165
1. <i>Fuller e la tradizione del common law</i>	165
2. <i>Diritto implicito e interazione sociale</i>	170
3. <i>Fuller nel dibattito contemporaneo</i>	176
4. <i>Fuller e Dworkin</i>	179
4.1. <i>La vicinanza metodologica: il punto di vista interno</i>	179
4.2. <i>La vicinanza teorica: il diritto come prassi interpretativa</i>	189
5. <i>Fuller e Alexy</i>	193
5.1. <i>Il diritto implicito "procedurale" di Fuller: la moralità interna della legislazione</i>	195
5.2. <i>Il diritto implicito "sostanziale" di Alexy: la pretesa di correttezza</i>	202
6. <i>Conclusioni</i>	212
 BREVE NOTA CONCLUSIVA	
Fuller: invitato di pietra nella teoria del diritto contemporanea	215
 Bibliografia	
Bibliografia generale	217
Opere principali di Fuller	222
 Indice dei nomi	 227

PREFAZIONE

*Chi non ama la solitudine non ama neppure la libertà,
perché si è liberi solo quando si è soli*
(ARTHUR SCHOPENAUER, *Aforismi sulla saggezza nella vita*)

SOMMARIO: 1. Oblio e riscoperta di un filosofo del diritto *sui generis* –
2. Lon Fuller alle radici del neocostituzionalismo – 3. Struttura del
volume e suoi obiettivi – 4. Ringraziamenti.

1. *Oblio e riscoperta di un filosofo del diritto sui generis*

Lon L. Fuller (1902-1978) è stato uno dei più eminenti ed originali filosofi del diritto dello scorso secolo, la cui importanza, soprattutto quando riferita alla capacità di rimodellare l'agenda della teoria giuridica del suo tempo, non fu certamente seconda a quella di Holmes, di Cardozo, di Llewellyn, di Radbruch, di Hart e dello stesso Dworkin. Il suo libro più noto, *The Morality of Law*¹, ormai un classico della disciplina, è adottato come libro di testo in moltissime università giuridiche ed è tradotto in cinque lingue. Il dibattito che a partire dal 1958 lo vide protagonista, insieme ad Herbert Hart, costituisce tutt'oggi un passaggio obbligato per chiunque voglia studiare i rapporti tra diritto e morale, la questione della validità della legge ingiusta, nonché la distinzione tra moralità ed efficacia. Il suo personale modo di definire il diritto ha certamente lasciato pesanti tracce sulla *Jurisprudence* degli anni sessanta e settanta ed i temi per lui più urgenti sono diventati centrali nelle opere giusfilosofiche di Dworkin, di Alexy e degli altri studiosi ascrivibili a vario titolo al movimento del neocostituzionalismo². La sua operetta *The Case of the Speluncean*

¹ L.L. FULLER, *The Morality of Law*, Yale University Press, 1964; ed. it. *La moralità del diritto*, A. Dal Brollo (a cura di), Giuffrè, 1986.

² Tra i contributi in lingua italiana dedicati al neocostituzionalismo si consulti: S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, Giappichelli, 2001; V. GIORDANO, *Il positivismo e la sfida dei principi*, ESI, 2004; A. SCHIAVELLO, *Neocostituzionalismo o neocostituzionalismi?*, in «Diritto e questioni pubbliche», n. 3, 2003, pp. 37-49.

*Explorers*³ è considerata un piccolo capolavoro nel suo genere, nonché uno degli strumenti didattici più apprezzati da generazioni di studenti di filosofia del diritto. Con le parole di David Luban: «[...] sotto molti aspetti Fuller è il più appagante e suggestivo autore di filosofia del diritto del ventesimo secolo – l'unico che è riuscito a coniugare l'astratto con il concreto, ciò nel senso che la sua filosofia sembra emergere direttamente dalla pratica del diritto»⁴.

Nonostante ciò, e per ragioni non del tutto comprensibili, 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 attenzione a poche tesi soltanto che, spesso riportate in forma monca e decontestualizzata, tendono a perdere di significato o ad assumere, cosa ancora peggiore, un'aura di evidente banalità. E di fatto, cosa ancora più grave, relegando per lungo tempo Fuller e la sua proposta giusfilosofica in un vero e proprio *limbo*.

Non è un caso che spesso, se e quando si fa riferimento a Fuller, se ne parli unicamente come del filosofo americano che ha “osato” mettere in discussione l'imperante positivismo hartiano o come del teorico, almeno è così secondo molti, che ha perso la sua “battaglia” contro Hart. La stessa Kristen Rundle, autrice della relativamente recente opera monografica dedicata alla *Jurisprudence* di Fuller, *Forms Liberate*⁵, opera peraltro apprezzabile sotto diversi profili⁶, nelle righe d'apertura del volume afferma che

³ L.L. FULLER, *The Case of the Speluncean Explorers*, in «Harvard Law Review», 62, 1949; la traduzione italiana dell'articolo è contenuta nel volume A. Porciello, *Il caso degli speleologi di Lon L. Fuller ed alcuni nuovi punti di vista. Un approccio alla filosofia del diritto attraverso dieci pareri di fantasia*, Rubbettino, 2012.

⁴ D. LUBAN, *Rediscovering Fuller's Legal Erotics*, in W.J. Witteveen and W. van der Burg (a cura di), *Rediscovering Fuller. Essays on Implicit Law and Institutional Design*, Amsterdam University Press, 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». [*Trad. mia*].

⁵ K. RUNDLE, *Forms Liberate. Reclaiming the Jurisprudence of Lon Fuller*, Hart Publishing, 2013.

⁶ Usando un approccio molto simile a quello adottato da Nicola Lacey nella stesura dei suoi lavori su Hart, Rundle nella costruzione della sua monografia ha fatto consistente utilizzo di materiale d'archivio appartenuto a Fuller, soprattutto appunti personali e corrispondenze, in gran parte custodito presso l'università di Harvard. Tale materiale inedito, nell'idea di Rundle, dovrebbe completare il pensiero di Fuller e conferirgli significati più precisi, ed in parte nuovi. Dissento parzialmente da tale metodo, così come perplesso mi ha lasciato l'“imprudente” utilizzo che dei carteggi personali di Hart ha fatto Lacey, in quel caso, a dire il vero, molto vicino al “voyagerismo”. L'intento di Rundle è del tutto legittimo, e molti dei passaggi del suo libro, cui peraltro faremo riferimento nel prosieguo, sono del tutto convincenti. Resta fermo, però, il fatto che all'interno di una ricerca l'utilizzo di appunti o lettere private, che con tutta probabilità

«Lon L. Fuller è stato in qualche modo un *outsider* all'interno dell'ambiente intellettuale giusfilosofico della metà del ventesimo secolo, che a quel tempo era sempre più dominato dalla filosofia del diritto positivista di H.L.A. Hart. Oggi – continua Rundle – tra i filosofi del diritto contemporanei, Fuller è conosciuto più che altro come il filosofo giusnaturalista che ha perso il dibattito sulla connessione tra diritto e morale con il suo rivale, un filosofo analitico nettamente superiore»⁷. Quasi come se le idee di Fuller non fossero in grado di sprigionare luce propria, necessitando sempre di quella prodotta altrove: e Hart fu certamente la “stella” più luminosa di quegli anni.

O al più si ricorda Fuller semplicemente come l'autore della *Moralità del diritto*, testo del quale peraltro il più delle volte si propone un'idea solo parziale e trascurando i tantissimi lavori che il giurista americano aveva già pubblicato nei decenni precedenti. *The Law in Quest of Itself*⁸, lavoro del 1940, costituisce in tal senso il caso forse più emblematico: sebbene sia considerato dai più importanti interpreti e commentatori del pensiero di Fuller come uno dei lavori più originali e ricchi di suggestioni⁹, risulta essere al contempo quello meno citato ed in assoluto più trascurato della sua produzione. E lo stesso vale per il suo ultimo lavoro monografico, *Anatomy of the Law*¹⁰, fuori stampa ormai da moltissimi anni.

Come si rileverà nei prossimi capitoli, considerare e valutare il pensiero di Fuller solo alla luce dei “soliti” pochi lavori, significa travisarlo e, quantomeno nella maggior parte dei casi, sottovalutarlo. Tale convinzione poggia sull'idea per cui il pensiero di Fuller, se considerato nel suo complesso e nella corretta ottica costituisce una proposta giusfilosofica coerente e completa e non un insieme disomogeneo di tesi episodiche su aspetti parziali del fenomeno giuridico, come forse molti studiosi della filosofia del diritto ancora oggi ritengono. Il suo *concetto di diritto*,

l'autore ha scelto e voluto che restassero tali, dovrebbe costituire uno strumento d'analisi del tutto residuale ed eccezionale.

⁷ K. RUNDLE, *Forms Liberate*, cit., 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». [Trad. mia].

⁸ L.L. FULLER, *The Law in Quest of Itself*, Northwestern University, 1940; ed. it. *Il diritto alla ricerca di se stesso*, A. Porciello (a cura di), in «Collana Res Publica», Rubbettino, 2014.

⁹ Ho avuto modo di confrontarmi sul punto con alcuni tra i più importanti esperti del pensiero di Fuller, innanzitutto con David Luban e David Dyzenhaus, ed entrambi hanno confermato tale circostanza.

¹⁰ L.L. FULLER, *Anatomy of the Law*, Frederick A. Praeger Publisher, 1968.

a prescindere che lo si condivida o meno, è di certo più ampio ed ambizioso di quanto spesso si metta in evidenza e di certo paragonabile, quantomeno sotto tale profilo, a quello ben più noto ed influente proposto dal rivale Herbert Hart.

Fornire una spiegazione di tale non proprio lusinghiero trattamento che la filosofia del diritto ha un po' ovunque riservato a Fuller non è cosa semplice. In proposito, si possono solo avanzare delle congetture.

C'è chi sostiene, ad esempio, che il motivo di tale scarso interesse andrebbe riferito ad intrinseche caratteristiche della sua stessa opera, tali da renderla nel suo complesso troppo confusa ed inconcludente per poter destare seria attenzione. «L'impressione generale, molto spesso giustificata, è quella per cui, per quanto ricca d'intuizioni sul modo in cui il diritto funziona nella pratica, la filosofia del diritto di Fuller sia un guazzabuglio disordinato, privo di sistematicità nell'approfondimento delle questioni, nonché della più ovvia coerenza interna»¹¹. Di questo avviso è certamente uno dei più recenti critici della prospettiva di Fuller, Matthew H. Kramer, soprattutto quando nel commentare l'idea di Fuller certamente più controversa, la *Inner Morality of Law*, scrive che «la sua formulazione degli otto principi della legalità costituisce un definitivo e valido contributo alla filosofia del diritto, ma alcuni dei suoi argomenti che spiegano o supportano l'elaborazione degli otto principi sono confusi o inadeguati»¹². Con questa tesi si può essere d'accordo solo parzialmente. Certamente Fuller non ha agevolato la comprensione e la conseguente diffusione della sua opera, che a volte viene espressa in maniera poco chiara e attraverso un metodo non del tutto sistematico. Se Hart, ad esempio, cui gli studi giusfilosofici hanno dedicato una ben diversa attenzione, ha raccontato il proprio concetto di diritto attraverso un rigoroso metodo analitico e soprattutto concentrandolo in un solo libro e in pochi altri scritti fondamentali¹³, ricostruire il concetto di diritto di Fuller richiede, invece, un

¹¹ K. RUNDLE, *Forms Liberate*, cit., p. 1. «There is [...] a general impression, in many ways justified, that although rich with insights into the way that law works in practice, Fuller's jurisprudence is a scattered affair, unsystematic in focus, and lacking any obvious internal coherence». [Trad. mia].

¹² M.H. KRAMER, *Objectivity and the Rule of Law*, Cambridge University Press, 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». [Trad. mia].

¹³ La parte più consistente del pensiero giuridico di Hart è certamente contenuta in tre scritti fondamentali: H.L.A. HART, *Positivism and the Separation Between Law and Morals*, in «Harvard Law Review», Vol. 71, n. 4, 1958, pp. 593-629; H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Clarendon Press, 1961; ed. it. *Il concetto di diritto*, M.A. Cattaneo (a cura di), Einaudi, Torino 1978; ed infine il celebre *Postscript* alla seconda edizione di *The Concept of Law*, in cui Hart,

paziente e faticoso lavoro d'analisi di tutte le parti che lo compongono, sparse un po' ovunque all'interno della sua ricca produzione e secondo modalità non sempre comprensibili. Pazienza che, salvo alcune importanti eccezioni, i cultori della filosofia del diritto in molte occasioni non hanno avuto. Se tutto ciò è vero, sembra però eccessivo bollare il pensiero di Fuller come un «guazzabuglio teorico [...] confuso e inadeguato». Come si cercherà di dimostrare nel prosieguo, quando letto nella corretta prospettiva, il pensiero di Fuller può acquistare una coerenza interna ed una chiarezza in parte inaspettate.

Altri studiosi, David Dyzenhaus innanzitutto, ritengono invece che la causa di questo scarso interesse andrebbe reperita in una ragione diametralmente opposta, per la quale Fuller avrebbe «posto la principale questione della teoria del diritto attraverso modalità così nuove da renderla troppo innovativa perché la filosofia dei suoi tempi potesse apprezzarla in modo adeguato»¹⁴. La “principale questione” cui fa riferimento Dyzenhaus è ovviamente quella riguardante i rapporti tra il diritto e la morale e le idee che Fuller ha espresso sul punto, che per alcuni versi risentono a loro volta dell'influenza di Gustav Radbruch e di Franz Neumann¹⁵, sarebbero state secondo quest'idea troppo “nuove ed originali” per poter essere sufficientemente comprese dai commentatori del suo tempo. Anche questa spiegazione, sebbene anch'essa parzialmente condivisibile, non appare conclusiva: di certo l'idea della *Inner Morality of Law* ha rappresentato, e per alcuni versi rappresenta ancora, un tipo di connessione tra diritto e morale quantomeno *inusuale* e per molti aspetti *nuova* per i tempi; ma francamente credere che i suoi più noti critici (Hart, Cohen, Dworkin, Raz e oggi Kramer) semplicemente non l'hanno “compresa” perché troppo

ammettendo la possibilità di una connessione contingente tra diritto e morale, legittima quello che verrà definito successivamente come “*Inclusive Positivism*”. Cfr. H.L.A. HART, *The Concept of Law*, II ed. with a Postscript edited by A. Bulloch and J. Raz, Clarendon, 1994; ed. it. *Il concetto di diritto*, Einaudi, Torino 2002. Tra i tanti commenti al *Postscript*, cfr. J. COLEMAN, *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to 'The Concept of Law'*, Oxford, 2001.

¹⁴ D. DYZENHAUS, *Fuller's Novelty*, in *Rediscovering Fuller*, 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». [*Trad. mia*].

¹⁵ Per ciò che concerne le somiglianze e le differenze tra l'antipositivismo di Fuller e quello del Radbruch del dopo-guerra, si rimanda a S. PAULSON, *Lon L. Fuller, Gustav Radbruch and the "Positivist" Theses*, in «*Law and Philosophy*», 13, 1994, pp. 313-359. Sui rapporti tra Fuller e Neumann non esiste, invece, studio alcuno, e di fatto neanche espliciti riferimenti. Il giurista tedesco viene qui preso in considerazione in quanto, praticamente negli stessi anni di Fuller, attribuisce alla forma della legge, ossia al suo essere astratta, non retroattiva e generale, il più serio limite all'arbitrio del potere, sviluppando, quindi, una posizione per alcuni versi vicina a quella del giurista americano. Cfr. F. NEUMANN, *Mutamenti della funzione della legge*, in *Lo stato democratico e lo stato autoritario*, Il Mulino, 1973.

all'avanguardia, appare irrealistico. Quando Dworkin, ad esempio, nel commentare la tesi della connessione immaginata da Fuller, afferma che essa costituisce «un tentativo non riuscito di configurare in modo nuovo i rapporti tra diritto e morale», parla con cognizione di causa, ha ben compreso il suo messaggio, semplicemente non lo condivide.

Il nostro compito consisterà proprio nel tentativo di individuare i reali motivi di tale rigetto, più che chiudere la questione attraverso il richiamo ad una non ben definita “novità della proposta”.

David Luban offre una spiegazione ancora differente: «credo che Fuller sia stato vittima di una serie di sfortunate circostanze»¹⁶, scrive il filosofo americano, e tra queste annovera, ad esempio, il fatto che nel suo primo lavoro monografico, *The Law in Quest Of Itself*, Fuller «prende di mira un gruppo di autori che nessun filosofo degli anni sessanta leggeva seriamente o (a dire il vero) che nessun filosofo leggeva affatto (chi era dopotutto Somló)»¹⁷. Anche quest'ipotesi appare verosimile; ma è altrettanto vero che l'unico bersaglio critico non particolarmente noto nell'America degli anni sessanta che Fuller prende in considerazione sia proprio Somló: per il resto Fuller analizza in chiave critica il pensiero di autori a dir poco centrali nel dibattito statunitense, come Austin, Holmes e Kelsen, autori che con ogni evidenza già appartenevano alla teoria del diritto statunitense *mainstream*.

Altri autori, infine, tra cui Brian Bix e Paul Cliteur¹⁸, ritengono che la spiegazione più logica potrebbe essere reperita in un aspetto teorico particolarmente problematico e scarsamente messo in luce. Secondo questa prospettiva, nella teoria di Fuller espressa in *The Morality of Law*, ed anche in quella già presente nell'articolo del 1958 *Fidelity to Law*¹⁹, sarebbe presente un forte elemento “fideistico” ed un “eccessivo ottimismo” che avrebbero portato Fuller a sovrastimare le potenzialità del suo stesso impianto teorico, minandone in un certo senso la consequenzialità argomentativa. Un esempio di tale atteggiamento, che verrà peraltro approfondito nel secondo capitolo, potrebbe essere costituito dal modo in cui Fuller interpreta e descrive il rapporto tra coerenza, che come vedremo

¹⁶ D. LUBAN, *Rediscovering Fuller's Legal Ethics*, cit., p. 194. «I think that Fuller felt victim to a number of accidents». [Trad. mia].

¹⁷ *Ibidem*. «[...] takes as its target a group of writers that no philosophers of the 1960's read seriously or (to tell the truth) read at all (who was Somló anyway?)». [Trad. mia].

¹⁸ Cfr. B. BIX, *Jurisprudence: Theory and Context*, VII ed., Sweet & Maxwell, 2016; ed. it. *Teoria del diritto. Idee e contesti*, A. PORCIELLO (a cura di), Giappichelli, 2016. E ancora, P. CLITEUR, *Fuller's Faith*, in *Rediscovering Fuller*, cit., pp. 100-123.

¹⁹ L.L. FULLER, *Positivism and Fidelity to Law: a Reply to Professor Hart*, in «Harvard Law Review», Vol. 71, No. 4, 1958, pp. 630-672. Ed. It., *Il positivismo e la fedeltà al diritto. Una replica ad Hart*, in *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, cit.

rappresenta uno degli elementi centrali della *Inner Morality of Law*, e giustizia: «debbo basarmi sull'assunzione di una *credenza* che può apparire ingenua – afferma Fuller – vale a dire che coerenza e bontà hanno più affinità di quanto non ne abbiano coerenza e malvagità»²⁰.

In questo, come in altri passaggi, peraltro centrali nella teoria di Fuller, argomenti come quello dell'affinità tra coerenza e giustizia, in effetti, non sembrano trovare un'adeguata dimostrazione e il pensiero di Fuller appare essere eccessivamente assertivo e dogmatico. Più in generale, il nodo problematico qui sollevato sembra riguardare il rapporto tra giustizia delle procedure e giustizia dei valori, passaggio chiave del concetto di diritto fulleriano: è proprio su questo fondamentale punto che la "fede" e l'"ottimismo" di Fuller divengono secondo questa chiave di lettura particolarmente ingombranti, e le spiegazioni e le giustificazioni altrettanto carenti. Come si cercherà di mettere in evidenza più avanti, però, le spiegazioni e le giustificazioni in verità esistono, ma per coglierle è essenziale porre il pensiero di Fuller nella giusta ottica ed a partire dai corretti presupposti (innanzitutto metodologici). Come verrà sostenuto, l'idea è quella per cui se Hart e gli altri positivisti hanno considerato Fuller come un filosofo "*naïf*", ingenuo o particolarmente ottimista, è perché hanno letto la sua proposta a partire dai presupposti errati: agli occhi di un teorico che dà prevalenza al diritto esplicito rispetto a quello implicito o che, nonostante i tanti correttivi operati alla teoria imperativista, continua a concepire il diritto come l'insieme dei rapporti "verticali" tra governanti e governati, molte delle tesi di Fuller non possono che apparire ingenua.

Nella mia idea e pur condividendo in parte le ragioni fin qui riporate, la spiegazione più probabile e ragionevole di tale *obscurity* (forse trascurata a causa della sua evidente banalità) risiede nel fatto che Fuller, a differenza di Austin, di Holmes, di Kelsen, di Hart e degli altri grandi interpreti della filosofia del diritto degli ultimi due secoli, di fatto non appartiene ad una scuola, non è riconducibile una volta e per tutte ad un univoco indirizzo intellettuale: Fuller appare essere un filosofo del diritto che si colloca al di là di qualunque etichettamento concettuale. È significativo che Philip Selznick, proprio nel tentativo di definire Fuller e la sua teoria, ci offra questa singolare definizione indicativa della sua multiforme ed inafferrabile posizione teorica: il pensiero di Fuller, scrive Selznick, potrebbe essere definito come un approccio «che ci ha avvicinato ad una nuova prospettiva che ha ravvivato lo spirito del realismo, che ha fatto proprie le verità del positivismo, senza trascurare ciò che è

²⁰ *Op. cit.*, p. 141. [*Corsivo mio*].

più istruttivo nella filosofia giusnaturalista»²¹. Credo si possa essere d'accordo con Selznick: Fuller, come tenderemo di mostrare più avanti, critica aspramente il positivismo giuridico, ma in un certo senso *dall'interno* e pur condividendone alcuni importanti presupposti concettuali (non è un caso che molti autori pongano l'accento più sulle somiglianze intercorrenti tra Fuller e Hart, che sulle loro reciproche differenze, restringendo di molto l'area del reale dissenso²²); ed allo stesso modo Fuller appare critico nei confronti del realismo giuridico americano, soprattutto nella versione offertane da Holmes, da Gray e da Llewellyn, ma anche in questo caso senza rigettarne alcuni importanti presupposti fondamentali, innanzitutto la sua spinta strumental-pragmatista²³, ossia l'esigenza di rivolgere l'attenzione della filosofia del diritto alla quotidianità del fenomeno giuridico e alle forme che concretamente esso assume nel suo svolgimento pratico; ed infine, sebbene Fuller abbia definito se stesso (e sia stato spesso definito dagli altri) come un *natural lawyer*, è bene notare che la distanza che intercorre tra la sua posizione concettuale e quella dei maggiori esponenti della scuola giusnaturalista è, nella maggior parte dei casi, addirittura incolmabile. Come vedremo, la vicinanza di Fuller rispetto a quella tradizione è fondamentalmente metodologica, riguarda l'approccio, l'angolo visuale dal quale Fuller osserva il fenomeno giuridico, ma non anche i presupposti teorici e gli esiti tipici di quella prospettiva: se Fuller appare certamente distante rispetto a Kelsen e ad Hart, la stessa distanza è riscontrabile nei confronti di Tommaso D'Aquino e oggi ad esempio di John Finnis.

Il che rende del tutto legittimo chiedersi che tipo di filosofo del diritto sia stato Lon Fuller. Una domanda, questa, del tutto fuori luogo quando riferita a Kelsen, ad Hart e ad altri autori connotati da un'identità scientifica assai più univoca e connotata. Se Fuller fosse nato trent'anni più tardi e se avesse proposto le sue idee a partire dagli anni '60, con tutta probabilità oggi verrebbe considerato (quantomeno in Italia e nel mondo latino in generale), come un esponente del movimento neo-costituzionalista, o

²¹ P. SELZNICK, *Preface*, in *Rediscovering Fuller*, 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». [*Trad. mia*].

²² Tra gli altri Cfr. P. CLITEUR, *Fuller Faith*, in *Rediscovering Fuller*, cit., pp. 101-104; A. PORCIELLO, *Fuller's Theory in Quest of Itself. The Fear of Immoral Morality*, in «Archiv für Rechts und Sozialphilosophie», 101, 2015, Heft 1, pp. 1-15. Ed in modo particolare si consulti F. SCHAUER, *Fuller's Internal Point of View*, in «Law and Philosophy», vol. 13, 1994, pp. 285-312, in cui l'autore arriva a sostenere che «[...] the area of disagreement [...] appears now to be rather narrow», pp. 290-292.

²³ Sul rapporto tra Fuller ed il movimento dello strumentalismo pragmatista cfr. R. SUMMERS, *Professor Fuller's Jurisprudence and America's Dominant Philosophy of Law*, in «Harvard Law Review», Vol. 92, 1978, pp. 433-449.

quantomeno della sua versione principialista portata avanti tra gli altri da Dworkin, da Nino e da Alexy. Ma ai suoi tempi, le versioni teoriche *soft*²⁴ 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*.

Tutto ciò premesso, quello che per ora è interessante notare è che, di là dalle sue possibili cause, a partire dagli anni ottanta il silenzio che avvolgeva la figura ed il pensiero di Fuller è stato parzialmente infranto dal rinnovato interesse che studiosi di diversa estrazione e provenienza hanno iniziato a manifestare nei suoi confronti: ha avuto inizio una vera e propria riscoperta della sua *Jurisprudence*, di cui peraltro il presente volume vuole costituire un provvisorio e modesto contributo.

Grande merito è da attribuire in tal senso ad una serie di importanti autori che qui mi piace ricordare in ordine sparso: innanzitutto Robert Summers, che nel 1984 ha dedicato a Fuller il lavoro monografico *Lon L. Fuller*²⁵, che costituisce ancora oggi un modello metodologico per chiunque intenda occuparsi dell'autore; gli studiosi olandesi Witteveen e van der Burg, che nel 1995 hanno curato il volume *Rediscovering Fuller*²⁶ che, fra gli altri, ha avuto il merito di portare alla luce molti aspetti del suo pensiero fino ad allora rimasti quasi del tutto trascurati; Kenneth I. Winston, che ha curato un numero speciale della rivista *Law and Philosophy*²⁷ interamente dedicato all'opera di Fuller e, più di recente, la bella raccolta di saggi inediti, *The Principles of Social Order*²⁸: raccolta così ben strutturata ed omogenea da poter essere considerata a buon diritto come l'ultima opera monografica di Fuller; la già citata Kristen Rundle che nel 2013 ha pubblicato una nuova monografia dedicata a Fuller, *Forms Liberate. Reclaiming the Jurisprudence of Lon Fuller*, molto chiara nell'esposizione ed altrettanto profonda ed accurata nell'analisi.

²⁴ Per una definizione di *Soft Positivism* ed alcune interessanti distinzioni parzialmente inedite, cfr. E. MITROPHANOUS, «Oxford Journal of Legal Studies» Vol. 17, n. 4, 1997 pp. 621-641.

²⁵ R. SUMMERS, *Lon L. Fuller. Jurists: Profiles in Legal Theory*, Stanford University Press, 1984.

²⁶ W.J. WITTEVEEN e W. van der Burg (a cura di), *Rediscovering Fuller*, cit.;

²⁷ «Law and Philosophy», n. 13, 1994.

²⁸ K.I. WINSTON, *The Principles of Social Order - Selected Essays of Lon L. Fuller*, Duke University Press, 1981.

Accanto a questi autori, che potremmo definire “specialisti” del pensiero di Fuller, tanti altri, pur non avendo fatto dell'opera di Fuller il loro stabile centro d'interesse scientifico, hanno però commentato il suo pensiero attraverso intelligenti ed a tratti illuminanti contributi, indispensabili per chiunque voglia approfondire aspetti peculiari del pensiero del giurista di Harvard: 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 Aron Eisenberg, David Dyzenhaus e Philip Selznick, solo per citare i più noti.

Anche in Italia, ed a partire dallo stesso periodo, è iniziato un processo di riscoperta dell'opera di Fuller, anche se ovviamente meno consistente di quello cui abbiamo appena fatto riferimento: Alessandro Dal Brollo è stato il primo ad interessarsi al giurista texano, traducendo *The Morality of Law* e scrivendo alcuni contributi originali²⁹; più di recente Aldo Schiavello e Vito Velluzzi hanno curato l'edizione italiana del saggio *Positivism and Fidelity to Law*, Alessandra Sciorba ha pubblicato un bel lavoro sul dibattito tra Hart e Fuller³⁰ e Alessandra Callegari ha pubblicato un'opera monografica su Fuller, rilevante soprattutto per il significato politico del messaggio fulleriano. Io stesso, ormai da anni, tento di contribuire all'opera nostrana di riscoperta traducendo alcune sue opere³¹ e commentando in diverse occasioni il suo pensiero³².

Tutto ciò non deve ingannare: nonostante lo sforzo degli studiosi richiamati, e di quelli che qui non ho potuto citare, Fuller, in parte per i motivi che abbiamo indicato, ed in parte per ragioni che continuano ad essere poco chiare, è e resterà un *outsider*, cosa che paradossalmente, anche se solo per una “ristretta cerchia”, contribuisce ad acuirne ulteriormente il fascino.

²⁹ A. DAL BROLLO, *La moralità del diritto. Assiologia e diritto nel pensiero di Lon Fuller*, Bulzoni, 1986.

³⁰ A. SCIURBA, *Il Rule of Law e le relazioni tra diritto e morale nel dibattito tra Hart e Fuller*, in «Diritto e questioni pubbliche», n. 9, 2009, pp. 701-742.

³¹ Cfr. A. PORCIELLO, *Il caso degli speleologi e alcuni nuovi punti di vista*, cit. Il testo in questione vuole rappresentare una raccolta di materiale, in parte edito e da me tradotto, ed in parte originale, avente ad oggetto in particolare il caso immaginato da Fuller, e più in generale la sua prospettiva relativa alla questione dei rapporti tra diritto e morale; cfr. A. PORCIELLO (a cura di), *Il diritto alla ricerca di se stesso*, cit.

³² Cfr. A. PORCIELLO, *Diritto e morale*, in *Una introduzione alla filosofia del diritto*, M. La Torre e Alberto Scerbo (a cura di), Rubbettino, 2003; in cui si prende in esame il dibattito tra Hart e Fuller, ed in modo particolare il problema relativo al rapporto tra moralità ed efficacia; A. PORCIELLO, *Fuller's Theory in Quest of Itself*, cit., in cui argomento, parzialmente contro David Luban, a proposito della natura sostanziale dei canoni della moralità interna del diritto; e ancora, *Lon L. Fuller, Scritti sulla certezza tra teoria e prassi del diritto*, Edizioni ETS, 2016, in cui ho tradotto e commentato alcuni dei più importanti scritti del filosofo del diritto americano.

2. *Lon Fuller alle radici del neocostituzionalismo*

Nonostante sia difficile definire attraverso una sola e definitiva etichetta il pensiero di Fuller, quel che è certo è che il suo approccio sia stato connotato da una chiara spinta antipositivista. Sfortunatamente anche quest'etichetta, però, si presta a differenti interpretazioni. Qualche chiarimento preliminare si rende, dunque, necessario.

Con i termini antipositivismo, non-positivismo o post-positivismo³³ si usa far riferimento a quell'atteggiamento critico nei confronti del positivismo giuridico assunto già a partire dai primi anni del '900 da una serie di autori, a volte di differente estrazione, tanto in Europa quanto negli Stati Uniti. Soltanto in Italia, in Spagna ed ora anche in Sudamerica si usa sottoporre il movimento antipositivista novecentesco ad una distinzione ulteriore: quella tra "neogiusnaturalismo" (o giusnaturalismo contemporaneo) e "neocostituzionalismo". Il primo, fondamentalmente di origine tomista, non sostiene più l'idea tradizionale di un diritto eterno ed immutabile, tende bensì a storicizzarlo assorbendolo all'interno di una dimensione in parte permeabile alle contingenze della storia. Ciò nel senso che il diritto, come per le precedenti elaborazioni giusnaturaliste, ha ancora un contenuto etico, che però appare adesso condizionato dal modo in cui in un determinato periodo storico i membri della società, e ancor di più i membri della comunità interpretativa, danno significato ai valori alla luce dei quali interpretare le norme. A tale idea di base, pur diversamente declinata, possono essere ricondotti autori come V. Cathrein, H. Rommen, J. Maritain, G. Radbruch, L.L. Fuller, H. Coing, J. Finnis, G. Grisez, Y.R. Simon, F.E. Crowe e H. Veatch; il secondo, il "neocostituzionalismo", si è diffuso invece a partire dagli anni sessanta grazie alle proposte giusfilosofiche di autori come Ronald Dworkin, Robert Alexy e Carlos Nino (solo per citare gli autori più noti). È bene specificare, al fine di non generare equivoci, che qui si allude in particolare alla variante neocostituzionalista teorica³⁴ così detta "principialista" o "polemica", come la definisce Dogliani, sostenuta da quei teorici che, di là dalle reciproche differenze, hanno ritenuto e ritengono tuttora che «l'avvento

³³ Tra gli altri si consulti il lavoro di M. ATIENZA, *Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista*, in «Revista Argentina de Teoría Jurídica», no. 15, 2014.

³⁴ Specifico "teorica" perché, come opportunamente nota Giorgio Pino, il termine neocostituzionalismo può indicare «una o più delle seguenti cose: una forma di Stato [...], una cultura giuridica [...], una teoria del diritto [...], una filosofia del diritto [...], un atteggiamento ideologico ed assiologico [...]». Cfr. G. PINO, *Principi, ponderazione e la separazione tra diritto e morale. Sul neocostituzionalismo e i suoi critici*, in «Giurisprudenza costituzionale», vol. 56, 1, 2011.

dello Stato costituzionale, la costituzionalizzazione di spazi sovranazionali e la tentata costituzionalizzazione dello spazio internazionale» abbiano inciso profondamente sul diritto e sul discorso sul diritto, innanzitutto determinando «un indebolimento dei confini tra diritto e morale» tanto a livello teorico, quanto a livello meta-teorico. Ciò nella loro idea ha determinato importanti conseguenze sul modo di concepire molti dei concetti e delle categorie del diritto, a partire da quelli d'interpretazione e di validità, che vengono adesso sottoposti «ad una discussione che muove da principi costituzionali [e] si sviluppa come una discussione morale, perché la concretizzazione di quei principi avviene attraverso la produzione di norme [...] guidata da postulati morali». Nella loro idea, «misconoscere questo aspetto significa fornire una rappresentazione monca e falsa della nomodinamica»³⁵.

Altrove, com'è noto, tale distinzione non ha attecchito: nei paesi di lingua anglosassone o in Germania, ad esempio, è sufficiente utilizzare la locuzione *non-positivism* al fine di indicare, senza ulteriori distinzioni, un qualunque atteggiamento teorico alternativo rispetto al positivismo giuridico, a prescindere che sia religioso o laico, procedurale o sostanziale.

Ed in effetti, l'utilizzo della distinzione tra «neogiusnaturalismo e neocostituzionalismo», soprattutto quando riferita ad alcuni autori, appare alquanto problematica.

Sicuramente è *problematico* definire giusnaturalisti, anche attenuando attraverso il prefisso “neo” la connotazione magico-religiosa che il termine sembra recare in sé, autori come Fuller e Radbruch: il primo per i motivi che già abbiamo messo sinteticamente in rilievo nel precedente paragrafo, ossia in ragione della sua ibrida e multiforme identità scientifica che lo distanziano in modo chiaro e palese dalle espressioni giusnaturaliste più ortodosse; il secondo perché, nonostante la svolta datata 1946 e messa in atto attraverso la celebre teoria del torto legale, resta comunque positivista, innanzitutto nel metodo. La sua è una conversione, così come Hart³⁶ la definisce, solo parziale, e che per giunta attiene alla patologia del diritto, non alla sua dimensione fisiologica: fisiologicamente il diritto, anche dopo la svolta del '46, agli occhi di Radbruch continua ad essere “giuridico” e “valido” per ragioni che rientrano a buon diritto nella tradizione del giuspositivismo, anche nel caso in cui le norme che compongono il sistema

³⁵ M. DOGLIANI, *(Neo)costituzionalismo: un'altra rinascita del diritto naturale? Alla ricerca di un ponte tra neocostituzionalismo e positivismo metodologico*, in «Costituzionalismo.it», Fascicolo 2, 2010, paragrafo 3. Il neocostituzionalismo “principalista” va tenuto distinto da quello “garantista” di Luigi Ferrajoli. Cfr. L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principalista e costituzionalismo garantista*, in «Giurisprudenza costituzionale», 2010, 3, pp. 2771 e ss.

³⁶ Cfr. H.L.A. HART, *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, cit.

siano palesemente ingiuste dal punto di vista morale. È solo nel caso di un'*estrema ingiustizia*, quindi appunto nella piena patologia del diritto, che i criteri formali di validità del positivismo giuridico devono lasciare il posto ai criteri sostanziali (e quindi morali) della giustizia. Il che appare francamente insufficiente per collocare Radbruch all'interno della tradizione di pensiero giusnaturalista.

A ben vedere anche Hart ha elaborato tesi che si collocano in parte al di fuori dell'ortodossia positivista – si pensi al contenuto minimo di diritto naturale, alla connessione contingente tra diritto e morale o all'aspetto interno delle norme – ma a nessuno è mai venuto in mente di definire Hart come un "neogiusnaturalista" o di definirlo come un autore che abbia in qualche modo contribuito alla *ripresa* del diritto naturale. Ovviamente le proposte hartiane che abbiamo pocanzi richiamato costituiscono un tipo di "apertura" al piano della giustizia ben più modesto rispetto a quello operato da Radbruch attraverso la sua formula: per Hart il diritto ingiusto è e continua ad essere valido, l'ingiustizia ha il solo effetto di giustificare sul piano morale la sua disobbedienza; laddove per Radbruch, l'ingiustizia, quando estrema beninteso, determina la fuoriuscita della legge iniqua (del torto legale) dall'ambito del "giuridico". Ma così posta la questione, è come se tra giuspositivismo e giusnaturalismo esistesse una sorta di linea fissa, superata la quale, il teorico del diritto dismettesse una casacca e ne indossasse un'altra. Ma dove collocare questa linea? O detto altrimenti, "quanto giuspositivismo" o alternativamente "quanto giusnaturalismo" una teoria deve possedere per superare quella soglia del non ritorno?

E non meno problematico appare l'utilizzo della più recente etichetta "neocostituzionalismo", innanzitutto per la sua estrema genericità e poi perché presuppone l'idea, resa palese dal fatto d'impiegare due distinte etichette, che esista una qualche significativa differenza tra gli autori del primo antipositivismo, quello neogiusnaturalista, ed i rappresentanti del secondo, quello neocostituzionalista.

Qui si vuole sostenere, invece, che tra il progetto di Lon Fuller e quello di Ronald Dworkin, tra la proposta di Gustav Radbruch e quella di Robert Alexy non esiste realmente una cesura o una trasformazione teorico-metodologica tale da giustificare l'impiego di due etichette differenti. Dedicheremo a tale questione l'ultimo capitolo del presente volume, ci tengo fin d'ora a precisare, però, che essa non costituisce solo un problema terminologico. L'utilizzo di un'unica locuzione al fine d'indicare l'atteggiamento antipositivista che autori come Fuller, Dworkin ed Alexy hanno condiviso penso contribuirebbe a chiarire i loro reciproci rapporti ed a farci comprendere che tra il neogiusnaturalismo ed il neocostituzionalismo non

esiste in verità separazione alcuna. E che anzi per molti aspetti Dworkin ed Alexy hanno continuato ciò che Fuller e Radbruch avevano cominciato quasi trent'anni prima.

Con riferimento alla coppia Fuller/Dworkin, il fatto che le proposte di Dworkin non vengano quasi mai ricondotte³⁷, neanche in modo del tutto generico, alle idee elaborate da Fuller, credo dipenda da alcuni fattori del tutto contingenti che hanno contribuito ad offuscare o addirittura ad occultare importanti somiglianze, tanto teoriche quanto metodologiche. Il fatto, ad esempio, che Dworkin non abbia quasi mai citato Fuller non ha certo contribuito a far luce su tali aspetti. Come nota Rundle, «il posto di Fuller nel progetto di Dworkin è rilevante per la sua assenza»³⁸: in *Taking Rights Seriously*, Fuller viene citato soltanto una volta, insieme ad Hart e Sacks, come uno dei filosofi del diritto dell'area proceduralista colpevole di aver trattato il diritto alla stregua di uno strumento capace di servire qualunque fine; ed in *Law's Empire*, un libro in cui, come vedremo³⁹, vengono riprese molte idee tipicamente fulleriane, l'autore della *Moralità del diritto* non viene citato *mai*, né nel testo, né in nota. Probabilmente se Dworkin avesse richiamato Fuller, se esplicitamente lo avesse indicato come un suo precursore o come una sua fonte d'ispirazione, anche i termini e le etichette che oggi usiamo per indicare le loro teorie sarebbero forse differenti, e di certo meno equivoci.

Assai più limpidi appaiono, invece, i rapporti tra Alexy ed il suo conazionale Gustav Radbruch: il fatto che tra i due autori esista un'evidente continuità di pensiero non può essere messo in dubbio, ed Alexy non perde occasione di renderla esplicita presentando la propria teoria come una manifesta applicazione degli argomenti dell'ultimo Radbruch⁴⁰. Ma anche in questo caso, ciò non ha impedito d'interpretare l'atteggiamento

³⁷ Il primo a sottolineare il debito che Dworkin ha contratto nei confronti di Fuller è stato Robert Summers: R. SUMMERS, *Lon Fuller*, cit., p. 14. E più di recente, a conclusioni simili giunge anche Rundle nel suo lavoro monografico, K. RUNDLE, *Forms Liberate*, cit., p. 161 e ss.

³⁸ K. RUNDLE, *Forms Liberate*, cit., p. 162. "Fuller's place on Dworkin's landscape it is notable for its absence". [*Trad. mia*].

³⁹ *Infra* pp. 174 e ss.

⁴⁰ A proposito di un suo lavoro, in cui espone le tesi della dimensione ideale del diritto e della contraddizione performativa, Alexy ha avuto modo di sottolineare: «this article defends a non-positivist theory of law, that is, a theory that accepts the necessary connection between legal validity [...]. The paper argues for inclusive non-positivism as exemplified by the Radbruch Formula, according to which extreme injustice is not law, and which strikes the right balance between the ideal and real dimensions of law, against John Finnis's account, which can be seen as an example of super-inclusive non-positivism, although his most recent work has tended towards the inclusive version», R. ALEXY, *Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis*, in «The American Journal of Jurisprudence», vol. 58, n. 2, 2013, p. 97.

antipositivista che Radbruch e Alexy condividono, come due indirizzi teorici distinti, designati attraverso altrettanto distinte etichette.

Con ciò, non si vuole dire che il termine neocostituzionalismo non sia corretto o che sia addirittura inutile: si vuole casomai sostenere che esso ha senso ed è utile solo quando utilizzato in chiave polemica, e d'altronde non è un caso che a paritorirlo sia stata la scuola analitica di Genova (il termine è stato impiegato per la prima volta da Susanna Pozzolo), che se da un lato raggruppa tutta una serie di teorie sotto l'unica bandiera del neocostituzionalismo, dall'altro fa ciò, fondamentale, per dimostrare la sua compatibilità con il positivismo giuridico, e quindi, al fine di sguellarne l'inutilità⁴¹.

Oppure, e non meno polemicamente, è anche accettabile utilizzare il termine neocostituzionalismo al fine di mettere in evidenza il legame a fil doppio che le teorie di Dworkin e di Alexy intrattengono con il sistema costituzionale e con le sue dinamiche interne: in quest'ottica, tanto Dworkin quanto Alexy, più che elaborare teorie normative del diritto, avrebbero esplicitato meccanismi che erano già parte del diritto positivo (costituzionale) fin dalle sue origini: la distinzione tra regole e principi, la necessità del bilanciamento, i diritti fondamentali etc. atterrebbero, sotto questo profilo, a ciò che le corti costituzionali fanno o hanno già fatto, e non a ciò che esse dovrebbero fare⁴². Anche di questo punto ci occuperemo più avanti⁴³.

Per ora mi preme sottolineare due importanti provvisorie considerazioni:

- 1) credo sia corretto ricomprendere i vari atteggiamenti antipositivisti che si sono susseguiti a partire dagli anni trenta dello scorso secolo sotto un'unica etichetta, e di rubricarli all'interno della medesima stagione giusfilosofica.
- 2) 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, fondamentale 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

⁴¹ Cfr. S. POZZOLO, *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, cit.

⁴² Ho cercato di sostenere questa tesi, con particolare riferimento alla teoria di Alexy, in A. PORCIELLO, *Robert Alexy's Ideal Dimension of Law: Descriptive Theory of the Constitutional Legal system or Normative Theory of the Concept of Law?*, in corso di pubblicazione in «Archiv für Recht und Sozialphilosophie», vol. 3, 2017.

⁴³ *Infra*, pp. 202 e ss.

trenta, e fondamentalmente per ragioni di carattere metodologico che prescindono completamente dalle contingenze della storia.

Nell'ultimo capitolo del presente lavoro si tenterà di dimostrare tale tesi, soprattutto cercando di mettere in evidenza la continuità d'intenti che sembra avvicinare le idee di Lon Fuller a quelle di Ronald Dworkin ed in parte anche a quelle di Robert Alexy.

3. *Struttura del volume e suoi obiettivi*

Alla luce di quanto detto, e nel tentativo di presentare nella maniera più intellegibile e chiara il pensiero di Fuller, propongo di sottoporre la sua evoluzione ed il suo sviluppo ad una divisione in tre fasi, cui verranno dedicati altrettanti capitoli:

1) la prima fase, che verrà appunto analizzata nel primo capitolo, è quella che va dagli scritti degli anni trenta, ed in modo particolare dalla pubblicazione di *American Legal Realism* del 1936 fino al saggio del 1956 *Human Purpose and Natural Law*⁴⁴. Le tante opere riferibili a questa fase sono essenziali per comprendere in modo adeguato ed approfondito le ragioni dell'antipositivismo di Fuller, ed i motivi che hanno indotto l'autore a prendere le distanze tanto dal realismo di matrice americana, quanto dal normativismo di Hans Kelsen. Comprendere a fondo tali motivi di dissenso è fondamentale, per un verso perché è proprio su tali ragioni che Fuller edificherà il modello giuridico e politico delle fasi più mature del suo pensiero, ed in modo particolare la celebre teoria della *Inner Morality of Law*; e per l'altro, perché molte di queste ragioni diverranno centrali nei dibattiti più recenti, e comprenderle significa far luce anche sull'antipositivismo contemporaneo, su quello di Dworkin innanzitutto.

In questa prima fase, non soltanto si delineano le ragioni del dissenso di Fuller nei confronti della filosofia del diritto che dominava la scena statunitense in quegli anni, inizia anche a prendere forma una proposta teorica alternativa, che nel 1954⁴⁵ Fuller etichetterà attraverso il termine *Eunomics*. In questo capitolo si cercherà di mettere in evidenza il fatto che sono proprio le idee espresse all'interno di questo progetto teorico a

⁴⁴ L.L. FULLER, *American Legal Realism*, in «Proceedings of the American Philosophical Society», n. 72, 1936, p. 191; l'edizione italiana è L.L. Fuller, *Il realismo giuridico americano*, in Lon L. Fuller, *Scritti sulla certezza tra teoria e prassi del diritto*, cit., pp. 33-70. L.L. FULLER, *Human Purpose and Natural Law*, in «Journal of Philosophy», n. 53, 1956.

⁴⁵ Fuller utilizza per la prima volta il termine *eunomics* nel saggio *American Legal Philosophy at Mid-Century*, una recensione critica del volume di E.W. PATTERSON, *Jurisprudence, Men and Ideas of the Law*, in «Journal of Legal Education», vol. 6, n. 4, 1954, pp. 457-485.

dare unità e coerenza all'intero sviluppo del pensiero di Fuller: l'antipositivismo della fase iniziale, e le tesi in favore della connessione necessaria tra diritto e morale che verranno espresse nella fase del dibattito con Hart, sembrano trovare proprio nel progetto dell'*eunomia* debite spiegazioni e adeguate giustificazioni. Il progetto dell'*eunomia*, riscoperto da Kenneth Winston⁴⁶ e rivalutato sulla sua scia da Kristen Rundle⁴⁷, sembra fornire al concetto di diritto espresso da Fuller lungo tutta la sua carriera una degna cornice concettuale ed una maggiore unità, senza le quali la sua opera, come già si è messo in evidenza nelle pagine di apertura, assumerebbe e di fatto in parte ha assunto un significato assai differente, e certamente più modesto. Di questo avviso è senz'altro Rundle, quando nota che: «una certa familiarità con tale progetto è fondamentale al fine di capire come leggere, o come da sempre avremmo dovuto leggere, il dibattito con Hart sulla moralità interna del diritto. Se vogliamo comprendere Fuller in modo corretto è da qui che bisogna partire»⁴⁸.

2) La seconda fase ha inizio nel 1958 con la pubblicazione del saggio *Positivism and Fidelity to Law*, concepito come replica al celeberrimo articolo di Hart *Positivism and the Separation of Law and Morals*, e si protrae fino alla fine degli anni sessanta.

Sono questi gli anni di quello che passerà alla storia come l'*Hart-Fuller Debate*, uno dei più importanti dibattiti giusfilosofici del '900, di fondamentale importanza, non solo per gli argomenti che i contendenti hanno prodotto al suo interno, ma anche per l'influenza e lo stimolo che esso ha esercitato sulle loro rispettive attività di ricerca. Se il dibattito non avesse avuto luogo, con tutta probabilità la teoria di Fuller avrebbe preso una direzione diversa, e lo stesso Fuller sarebbe stato uno studioso in parte differente. E credo che lo stesso si possa dire anche di Hart, che proprio nelle sollecitazioni critiche, prima di Fuller e poi di Dworkin⁴⁹, sembra aver trovato lo stimolo e l'occasione per rendere più chiara, ed in parte per modificare, la propria proposta teorica.

⁴⁶ Cfr. L.L. FULLER, *The Principles of Social Order*, cit.

⁴⁷ Cfr. K. RUNDLE, *Forms Liberate*, cit.,

⁴⁸ *Op. cit.*, 25. «Acquaintance with this project is vital if we are to gain a sense of how we should read, and should always have read, his exchange with Hart and others on the internal morality of law. If we want to understand Fuller on his own terms, there is much to be learned by starting here». [*Trad. mia*].

⁴⁹ Per un'agile ricostruzione dei tre più importanti dibattiti che hanno visto Hart come protagonista, ossia quelli contro Fuller, contro Devlin e contro Dworkin, mi permetto di rinviare nuovamente a A. PORCIELLO, *Diritto e morale*, cit.;

Nel secondo capitolo s'intende ricostruire tale scambio intellettuale, contenente peraltro le tesi di Fuller più note e maggiormente commentate⁵⁰, alla luce delle proposte espresse nella prima fase del suo pensiero, nonché delle interpretazioni che, negli ultimi anni, autorevoli studiosi hanno offerto sul punto. L'intento di queste pagine non consiste tanto nel decretare un vincitore, che con tutta probabilità neanche esiste⁵¹, consiste, innanzitutto, nel tentativo di *fare chiarezza* sul dibattito al fine di *fare chiarezza* su Fuller e sul suo ruolo nel dibattito giusfilosofico contemporaneo.

3) La terza fase va dalla pubblicazione di *Anatomy of the Law*, opera datata 1968, fino alla pubblicazione del già richiamato volume postumo *The Principles of Social Order*, scritti in cui vengono riprese alcune delle idee centrali del progetto già abbozzato nella prima fase, quello di *Eunomia*. L'idea che più di altre ricorre negli scritti di quest'ultima fase è quella di "diritto implicito", ossia l'idea per cui il significato più puro e sincero del diritto sia racchiuso in quel tipo di organizzazione spontanea che viene "dal basso", dimensione, questa, che rende possibile il diritto espresso, il *made law* descritto dai giuspositivisti⁵². Quest'ultimi, «partial to the intellectual flavour of made law – sottolinea Postema – [...] attend exclusively to laws enacted by authorized lawmaking institutions and identified, interpreted, and enforced by authorized law-applying institutions. Consequently, they overlook the vast body of law lying beneath the surface of the phenomena they seek to understand»⁵³. Le idee espresse in questi ultimi lavori sembrano inserire a pieno titolo Fuller nei dibattiti teorici più recenti: la sua particolare idea d'interpretazione, la connessione tra il diritto e la morale, l'utilizzo di un metodo d'analisi che tanta attenzione rivolge alla dimensione pratica del diritto, collocano Fuller e la sua proposta teorica alla base di alcuni dei più importanti dibattiti giusfilosofici degli ultimi trent'anni.

⁵⁰ Oltre alle fonti già citate, interessante è in proposito la ricostruzione "storica" del dibattito effettuata da Nicola Lacey, cfr. N. LACEY, *Philosophy, Political, Morality and History: Explaining the Enduring Resonance of the Hart-Fuller Debate*, in «New York University Law Review», vol. 83, n. 4, 2008, pp. 1059-1087.

⁵¹ Di questo parere è senz'altro Cotterrell quando, a proposito dei dibattiti giusfilosofici in generale, sottolinea che «[...] there is often a sense that in the battle of arguments no one ever wins, and further that there are non reliable criteria by which one could recognize victory anyway». Roger B.M. COTTERRELL, *The Politics of Jurisprudence. A Critical Introduction of Legal Philosophy*, University of Pennsylvania Press, 1989.

⁵² Un concetto simile, sebbene reso più ricco ed attuale attraverso il richiamo alle neuroscienze, è proposto da Rodolfo Sacco nel recente volume *Il diritto muto*, Il Mulino, 2015.

⁵³ G.J. POSTEMA, *Implicit Law*, in *Rediscovering Fuller*, cit., p. 255.

Il terzo capitolo del presente volume verrà dedicato proprio a quella che può essere definita come la fase del *post-Fuller*, cioè al fine di valutare e in un certo senso di quantificare la presenza delle proposte teoriche di Fuller nella filosofia del diritto contemporanea. Sul fatto che Fuller, come anche Radbruch, abbiano avuto il merito di rimodellare l'agenda giusfilosofica del secondo '900 non si possono nutrire seri dubbi. Il positivismo, in tutte le sue modalità espressive, aveva promosso l'idea per la quale la filosofia del diritto dovesse unicamente occuparsi del diritto valido, del *law as it is*. Ogni domanda ulteriore, che in qualche modo tentasse di spingere l'indagine giusfilosofica oltre gli stretti confini del diritto positivo, verso quello che Fuller nell'ultima fase del suo percorso definisce *Implicit Law*, veniva considerata dai filosofi del positivismo giuridico come "inadeguata" ed "impura": inadeguata perché situata al di fuori del reale campo d'interesse del giurista, al di fuori della *Delimitazione del campo della giurisprudenza*⁵⁴ disegnata da John Austin; ed impura perché incompatibile con gli ideali metodologici indicati da Kelsen nella sua *Dottrina pura del diritto*⁵⁵.

L'indirizzo di studio che Fuller inaugura negli anni trenta è certamente *irrispettoso* di tali rigidi confini, e le domande che egli si pone già in *The Law in Quest of Itself*, sembrano collocare la sua linea di ricerca al di fuori di tali angusti steccati metodologici. La tesi che in questo capitolo conclusivo si vuole innanzitutto sostenere è che l'agenda della filosofia del diritto contemporanea, quella post-hartiana per intenderci, parla anche il linguaggio di Fuller oltre quello di Hart, e tenta di rispondere alle domande "inadeguate" ed "impure" che già negli anni trenta l'autore texano iniziava a porsi. Quello che si sosterrà è che Fuller, non solo ha contribuito in modo decisivo ad *indirizzare* la filosofia del diritto del suo tempo, ma ha anche *indirizzato* l'antipositivismo degli anni a venire, quello di Dworkin innanzitutto.

Un'ultima importante precisazione: nel suo complesso il libro non vuole apparire né neutrale e informativo (come quello di Summers), né necessariamente apologetico (come quello di Rundle, almeno nell'interpretazione che io ne ho dato). Non si tratta, né di una ricostruzione filologica,

⁵⁴ J. AUSTIN, *The Province of Jurisprudence Determined*, 1832; ed. it. *Delimitazione del campo della giurisprudenza*, M. Barberis (a cura di), Il Mulino, 1995.

⁵⁵ Com'è noto, di quest'opera esistono due diverse edizioni, la prima del 1934 e la seconda del 1960. Nonostante il titolo sia lo stesso e medesima sia la loro idea portante, ossia quella relativa ad un approccio all'analisi del diritto che sia essenzialmente neutrale e avalutativo, il contenuto delle due opere è sensibilmente diverso. Le edizioni italiane sono le seguenti: *La dottrina pura del diritto*, R. Treves (a cura di), Einaudi, 1952 (il cui titolo dal 1967 è stato modificato in *Lineamenti di dottrina pura del diritto*); e *La dottrina pura del diritto*, M. Losano (a cura di), Einaudi, 1966.

né tantomeno di un tentativo di rivendicare (*reclaiming* appunto) la sua *jurisprudence*. L'intento è quello di fare chiarezza su alcuni punti nevralgici del suo concetto di diritto, al fine di valutare serenamente e senza schieramenti ideologici o di scuola, la portata effettiva della sua proposta e la sua reale influenza sull'odierna filosofia del diritto.

4. Ringraziamenti

Studio il pensiero di Fuller ormai da tanti anni, ma per motivi non del tutto decifrabili, avevo accantonato l'idea di scrivere una monografia sul filosofo del diritto col quale sono cresciuto e che mi ha accompagnato nel mio percorso scientifico. Devo ai preziosi consigli di Francesco Riccobono e di Vito Velluzzi l'aver riorganizzato le mie priorità e i miei obiettivi scientifici in maniera intelligente e costruttiva: devo a loro il fatto di aver riconsiderato l'idea di "fare i conti" con Fuller.

Ringrazio inoltre il "gruppo pisano", Eugenio Rippepe, Franco Bon-signori, Tommaso Greco, Lorenzo Milazzo e Ilario Belloni, per me un punto di riferimento affettivo e scientifico. Li ringrazio in modo particolare per avermi invitato a Pisa per presentare il mio precedente lavoro su Fuller: anche in quell'occasione, come nelle precedenti, il confronto con questi studiosi ha generato in me suggestioni e insegnamenti in parte presenti in questo libro.

Ringrazio, infine, tre importanti autori stranieri: Francisco Javier Ansuategui Roig, con cui discuto di temi "fulleriani" da quasi quindici anni e sempre con enorme beneficio, per la vicinanza, il supporto e l'amicizia che mi ha sempre dimostrato; David Luban e Brian Bix, due tra i più raffinati ed intelligenti commentatori dell'opera di Fuller, per aver letto una prima versione del secondo capitolo e per avermi fornito importanti spunti di ricerca.

Edizioni ETS
Piazza Carrara, 16-19, I-56126 Pisa
info@edizioniets.com - www.edizioniets.com
Finito di stampare nel mese di ottobre 2016