



ORDINES

Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee

ISSN 2421-0730

NUMERO 2 – DICEMBRE 2018

TOMMASO GRECO

Un *boulevard* per Lon Fuller

ABSTRACT- Starting from a recent writing on Lon Fuller by Andrea Porciello, in this essay I will explain some observations on the thought of Lon Fuller, underlining as for Fuller the notion of law is closely related to society. In such perspective, the concept of law may be entertained in an innovative way. It is freed from coercive force of the sanction, as happens in the positivistic tradition, because it takes place and it is perfected in the context of intersubjective relationships.

The aim of this work is to bring out Fuller as an author who "ends up" creating "a concept of law in which the concrete relations between individuals and the concrete objectives that they intend to pursue become central".

KEYWORDS – the concept of Law, society, social context



TOMMASO GREGO

Un *boulevard* per Lon Fuller

SOMMARIO: 1. *Premessa*- 2. *Diritto e società*- 3. *Tra Essere e Dover esser: nei dintorni della certezza*- 4. *Forme di cooperazione nel diritto: la teoria della adjudication*- 5. *una visione orizzontale del diritto*.

1. *Premessa*

Nel panorama della recente teoria del diritto merita di essere sottolineata quella che possiamo chiamare “operazione Lon Fuller” messa in atto da Andrea Porciello, «maggior specialista italiano»¹ del pensiero dell’Autore americano². Si tratta infatti di un’operazione meritoria per più ragioni: perché mette a disposizione del pubblico e dei ricercatori italiani, e in maniera non occasionale, alcuni scritti di uno studioso il cui nome è stato per troppo tempo legato esclusivamente a *La moralità del diritto* e che invece merita di essere conosciuto anche per le altre sue opere, la cui lettura ci restituisce un autore tra i più interessanti del XX secolo; ma

· Professore ordinario di Filosofia del diritto presso l’Università di Pisa.

· Contributo sottoposto a valutazione anonima.

¹ M. BARBERIS, *Prefazione* a L. Fuller, *Scritti sulla certezza tra teoria e prassi del diritto*, a cura di A. PORCIELLO, Ets, Pisa, 2016, 7. Si tratta di un’antologia che inaugura la collana “Filosofi e filosofie del diritto”, diretta da Aldo Schiavello e Vito Velluzzi.

² Oltre al lavoro monografico di Porciello, *Principi dell’ordine sociale e libertà individuale. Saggio sulla giurisprudenza di Lon L. Fuller*, Ets, Pisa, 2016 [d’ora in avanti POS], e all’antologia citata nella nota precedente, sono da vedere, sempre a cura dello studioso catanzarese, le seguenti edizioni delle opere di Fuller: *Il caso degli speleologi e alcuni nuovi punti di vista. Un approccio alla filosofia del diritto attraverso dieci pareri di fantasia*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2012; *Il diritto alla ricerca di se stesso*, Rubbettino, Soveria Mannelli 2015.

soprattutto perché ci costringe (e ci aiuta) ad uscire da una stretta nella quale il pensiero teorico sul diritto sembra essere rinchiuso da qualche decennio, preso com'è da una linea di pensiero che, muovendo criticamente da “piazza Kelsen”, si è intrattenuto lungo un unico boulevard, attardandosi inizialmente intorno al monumento ad Herbert Hart, e successivamente intorno a quello, innalzato assai presto — e forse non senza qualche esagerazione³ — a Ronald Dworkin. Fuller ci permette di prendere percorsi inattesi e imprevisi; ci aiuta a porci questioni che altrimenti rimarrebbero sotterrate nel fondo del nostro consueto modo di ragionare sul diritto, e proprio per questo merita che gli si dedichi un apposito boulevard nella mappa urbanistica della teoria giuridica novecentesca, in maniera tale da svincolarlo, rendendolo autonomo, da quella stretta ‘mortale’ che lo unisce (considerandolo perdente) alla sua polemica con Hart⁴. «Se considerata nel suo complesso e nella corretta ottica», scrive Porciello, il pensiero di Fuller «costituisce una proposta giusfilosofica coerente e completa e non un insieme disomogeneo di tesi episodiche su aspetti parziali del fenomeno giuridico»⁵.

Un confronto con le tesi di Fuller, pertanto, non può che essere salutare, tanto più se siamo in grado di uscire dalle classificazioni consuete e capiamo, come sottolinea Mauro Barberis nella prefazione al volume di Porciello, 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»⁶.

³ Cfr. M. JORI, U. SCARPELLI E HART (*e qualcun altro*), in «Rivista di filosofia del diritto», 2012, 1, 79-90.

⁴ «Quasi — scrive Porciello — come se le idee di Fuller non fossero in grado di sprigionare luce propria, necessitando sempre di quella prodotta altrove» (*Principi dell'ordine sociale e libertà individuale*, op. cit., 13).

⁵ *Ibidem*.

⁶ BARBERIS, *Prefazione*, op. cit., 8. Questa, peraltro, vale a dire il fatto che Fuller non appartenesse a nessuna scuola e che il suo pensiero sfugga a qualsiasi tentativo di etichettamento concettuale, è la ragione che Porciello ritiene più plausibile per spiegare

In questo senso, mi pare decisiva e felice la scelta di leggere il pensiero di Fuller mettendo di lato, se pur non del tutto abbandonando, la dicotomia positivismo/giusnaturalismo, che pure rappresenta un quadro concettuale cui lo stesso Fuller fa spesso riferimento⁷, per cercare di cogliere le tesi principali di questo autore muovendo dal terreno che più di ogni altro può rappresentarne la base teorica: vale a dire il modo di leggere e impostare il rapporto tra diritto e società, che rappresenta la chiave di lettura privilegiata da Porciello nella sua monografia e che sembra in grado di dar conto al meglio della particolare prospettiva fulleriana.

2. Diritto e società

Si tratta di una questione che può sembrare “pre-teorica”, la quale però implica (o genera) una quantità notevole di assunzioni teoriche: su cosa sia il diritto, quali siano i suoi caratteri differenziali (se vi sono), quali i suoi confini, quali gli elementi che, dall’interno, contribuiscono a definirne non solo l’identità (momento statico) ma anche lo sviluppo (momento

l’obscurety di cui è stato vittima Fuller (POS, p. 17). Nondimeno, è da segnalare il tentativo dello stesso Porciello di includere Fuller in un contesto teorico più ampio, che è quello del “neocostituzionalismo”, di cui è argomentata, dallo stesso Porciello, la continuità con il “neogiusnaturalismo” (cfr. POS, 22 s). In particolare, viene sostenuto che la teoria di Dworkin sia fortemente debitrice delle tesi fulleriane, a dispetto della pressoché totale intenzione del primo di riconoscere i meriti del suo predecessore (cfr. POS, 179 ss).

⁷ È questo, com’è noto, il quadro concettuale dentro il quale tradizionalmente è stato collocato il pensiero di Fuller. Cfr. ad es. CH. COVELL, *The Defence of Natural Law. A Study of the Ideas of Law and Justice in the Writings of Lon L. Fuller, Michael Oakeshot, F. A. Hayek, Ronald Dworkin and John Finnis*, St. Martin’s Press, New York 1992. Ma su questa idea si muove sostanzialmente, concentrata com’è sul dibattito con Hart, anche la monografia di K. RUNDLE, *Forms Liberate. Reclaiming the Jurisprudence of Lon L. Fuller*, Hart Publishing, Oxford and Portland (Or) 2012. Questo è tradizionalmente il posto riservato a Fuller nella manualistica di filosofia del diritto: cfr. C. FARALLI, *La filosofia del diritto contemporanea*, Laterza, Roma-Bari 2002, 24 s.; A. SCHIAVELLO-V. VELLUZZI (a cura di), *Il positivismo giuridico contemporaneo*, Giappichelli, Torino 2005.

dinamico). Mi pare di poter dire, in sintesi, che per Fuller il modo di intendere il rapporto tra diritto e società costituisce la prima assunzione teorica che la scienza giuridica è chiamata a fare, da cui le altre discendono quasi meccanicamente.

La prima cosa da sottolineare, dunque, è che per l'autore americano il rapporto tra diritto e società non è qualcosa che possa essere appaltato alla sociologia del diritto ma è pienamente interno alle questioni di teoria del diritto. E in effetti, i principali concetti giuridici di cui Fuller tratta nei suoi scritti, anche in quelli più rivolti verso la pratica del diritto, sono forgiati dal loro essere esposti verso la società: basti pensare al modo in cui egli imposta la questione della certezza, oppure ai caratteri che egli attribuisce alla *adjudication* (questioni sulle quali tornerò più avanti).

In uno scritto del 1936 dedicato al realismo giuridico americano, Fuller affronta specificamente e direttamente la questione del rapporto tra diritto e società, evidenziando l'esistenza di due atteggiamenti contrapposti, a seconda che si privilegi ora l'uno ora l'altro elemento: da un lato, c'è chi considera il diritto come elemento che forgia la società — vedi i giuristi che «concepiscono la società come semplice argilla nelle mani del 'diritto'»⁸—; dall'altro lato, chi considera la società pienamente autonoma nel risolvere conflitti e nel soddisfare le esigenze normative della vita, venendo a rappresentare il diritto una mera funzione della società, o addirittura un mero riproduttore delle regolarità sociali, la cui conoscenza sarebbe il primo compito degli studiosi di cose giuridiche.

Per Fuller, questi sono «due modi estremi», che si completano nei loro difetti, ma che non offrono una soluzione adeguata. La relazione tra diritto e società è, per lui, sempre biunivoca, «fatta di mutue azioni e reazioni. Nel rapporto tra diritto e società nessun elemento è interamente determinante e nessuno è del tutto determinato»⁹. «Possiamo paragonare il diritto e la

⁸ L. FULLER, *American Legal Realism* (1936); tr. it. in Id., *Scritti sulla certezza...*, op. cit., 58

⁹ *Ivi*, 59



società — dice Fuller — alle due lame di un paio di forbici: se guardiamo ad una sola lama è facile credere che essa sia idonea da sola ad effettuare il taglio [...] Possiamo evitare tutte queste complicazioni semplicemente riconoscendo che entrambe le lame sono in grado di tagliare, e che per tagliare l'una ha bisogno dell'altra»¹⁰.

Ciò significa che il diritto non si conforma semplicemente agli usi e alle regolarità sociali (non servirebbe a nulla in tal caso), ma anzi spesso «li forgi[a] e li controll[a]»¹¹. Ma nemmeno significa che il diritto possa forgiare la società a suo piacimento: «il diritto deve sempre soppesare i vantaggi derivanti dal conformarsi alla vita e quelli derivanti dal rimodellare e dal chiarificare la vita, tenendo sempre a mente che i suoi tentativi di ridar forma alla vita possono fallire, o possono costare più di quanto essi conseguono»¹².

A questo riguardo, mi pare si possano avanzare due considerazioni, a partire dalla trattazione di Fuller. La prima è che, per l'autore americano, il rapporto tra diritto e società, pur rappresentando «una delle 'eterni questioni del diritto'»¹³ — e anzi, proprio per questo — ha una ineliminabile dimensione storica che dovrebbe spingere chiunque, nel delineare le proprie posizioni, a confrontarsi teoricamente con le posizioni di chi in passato ha già detto cose importanti su questi temi¹⁴. Fuller ad esempio rimprovera Llewellyn di non aver elaborato le sue idee a confronto con quelle di chi lo aveva preceduto riflettendo sugli stessi temi; un atteggiamento contrario, e altrettanto disdicevole per Fuller, di quello messo in atto da coloro che citano gli altri autori per puro esibizionismo intellettuale e non per mettere in atto un serrato confronto teorico. La questione non è meramente 'accademica'. “Fare i conti” con chi ci ha

¹⁰ *Ibidem.*

¹¹ *Ivi*, 68.

¹² *Ibidem.*

¹³ *Ivi*, 60.

¹⁴ *Ivi*, 55.

preceduto non è nemmeno solo un modo per rendere giustizia a chi prima di noi ha riflettuto sulle tematiche di cui ci occupiamo; ma è un modo quanto meno — tralasciando molti altri aspetti¹⁵ — per affinare meglio la propria proposta teorica.

La seconda considerazione è che, se si tratta davvero di una “eterna questione del diritto”, come Fuller giustamente ritiene, bisogna allora uscire da considerazioni che appaiono generiche o al massimo ‘prudenziali’, come sono quelle più sopra ricordate, e cercare di cavarne qualche elemento teorico-strutturale. Perché in effetti, posta la questione del rapporto tra diritto e società come questione ‘ontologica’ (e non meramente fenomenica) della vita giuridica le conseguenze teoriche non tardano a manifestarsi. Mi soffermerò esclusivamente, e a mero titolo di esempio, su due di queste presenti nell’antologia di scritti curata da Porciello, che hanno a che fare, la prima, con il tema della certezza — e quindi della scrittura, dell’applicazione e dell’interpretazione del diritto —, e la seconda con il tema della natura stessa del diritto, a partire da una questione che sembra specifica (e non lo è) come quella della *adjudication*. Concluderò riprendendo gli spunti offerti da Porciello nella sua monografia in ordine all’interpretazione complessiva del pensiero fulleriano.

3. *Tra Essere e Dover essere: nei dintorni della certezza*

Dev’esser chiaro, innanzi tutto — e su questo Porciello insiste moltissimo nel suo lavoro¹⁶ — che impostare il rapporto tra diritto e società

¹⁵ Per una trattazione ‘analitica’ delle diverse ragioni che militano a favore di un approccio storico alla filosofia del diritto mi limito a rinviare a A. PEREZ LUÑO, *La storia della filosofia del diritto e il suo significato attuale*, in «Rivista di filosofia del diritto», 2016, n. 1, 165-186; nonché a E. RIPEPE, *Introduzione* a G. Carmignani, *Storia della origine e dei progressi della filosofia del diritto*, a cura di E. Rippepe, Plus, Pisa, 2005.

¹⁶ Cfr. A. PORCIELLO, *POS*, 59 ss. «Fin dall’inizio del suo percorso di ricerca Fuller ha intuito che se non si può essere giuspositivisti senza credere ciecamente nella separazione



in termini strutturali vuol dire mettere in questione, nientemeno, la distinzione tra *essere* e *dover essere*. Se diritto e società si determinano reciprocamente, come Fuller sostiene, ciò significa che le due sfere non possono essere separate nettamente e una volta per tutte. Perciò, ogni tentativo di affermare questa separazione genera una mutilazione che condanna le teorie giuridiche all'insuccesso. Come sappiamo bene, la teoria positivista fa della distinzione tra essere e dover essere del diritto non solo uno dei suoi punti determinanti, ma il punto di appoggio di tutto il lavoro dello scienziato del diritto. Un conto è il diritto "come è", altro conto il diritto "come deve essere". Il che significa che un conto è lo studio scientifico del diritto (quello che Bentham chiamava giurisprudenza espositiva), altro conto la politica del diritto (definita da Bentham giurisprudenza censoria). La questione non è puramente metodologica, anche se ha un valore immediato proprio su questo piano, se non altro perché si tratta di superare la convinzione che il lavoro del giurista possa mai essere puramente 'descrittivo'¹⁷. E non è una questione puramente metodologica perché ha appunto a che fare con la natura del diritto, con il suo essere che non può mai svincolarsi del tutto dal suo dover essere. Come spiega Porciello, questa convinzione deriva dal fatto che, per Fuller, «qualunque attività che richieda l'impiego di energie umane finalizzate alla realizzazione di un determinato valore, e dunque il diritto innanzitutto, necessariamente presuppone ed al contempo genera una sovrapposizione di questi due piani, tale da rendere impossibile la fissazione di un punto esatto in cui finisce l'essere e inizia il dover essere»¹⁸.

Si pensi, per fare un solo esempio tra quelli riportati da Fuller, al positivismo giuridico e allo stretto legame della sua opzione formalistica

tra essere e dover essere, allo stesso modo non si può essere antipositivisti senza avversare tale dicotomia».

¹⁷ Rinvio, su questo punto, a T. GRECO, *Può esistere una metagiurisprudenza descrittiva? Ancora su Del diritto inesistente di Mario Jori*, in «Diritto e Questioni Pubbliche», 2013, 791-807.

¹⁸ A. PORCIELLO, *POS*, 59-60.

con l'idea della pace e dell'ordine. Se davvero il positivismo perseguisse pace e ordine, come sostiene quando afferma che questo è il fine 'minimo' del diritto, allora non dovrebbe affatto disinteressarsi del contenuto materiale delle norme, anzi dovrebbe addirittura preoccuparsene in modo prioritario: «se il positivismo iniziasse a guardare alle norme alla luce della loro bontà, presto si troverebbe immerso in una realtà fluida e in movimento in cui è impossibile preservare una distinzione tra ciò che è e ciò che dovrebbe essere»¹⁹.

Il discorso sulla certezza del diritto va ricostruito pertanto in questo quadro più ampio, tenendo presente la tendenza di Fuller a cercare la conciliazione là dove il positivismo giuridico cerca la distinzione e la contrapposizione; e sottolineando, ancora una volta, che il tentativo di superare le classiche dicotomie della teoria giuspositivistica — come quelle tra fatto e valore, e quella tra mezzi e fini, sulle quali pure Porciello si sofferma — non sembra tanto il frutto di una impostazione metodologica, quanto piuttosto l'esito di una netta opzione teorica, che produce poi anche il suo metodo²⁰.

Proprio la questione della certezza — questione centrale del discorso giuridico, anzi dell'ideologia, e direi della civiltà giuridica in generale — fa emergere in maniera chiara le opzioni teoriche di Fuller. Il filosofo americano è convinto infatti che il modo in cui il positivismo tradizionale ha perseguito questo valore abbia finito per metterlo costantemente in crisi. La ricerca ossessiva della certezza, in altre parole, avrebbe prodotto esiti involontari e opposti, producendo piuttosto una maggiore incertezza.

¹⁹ L. FULLER, *The Law in Quest of Itself* (1940), tr. it. *Il diritto alla ricerca di sé stesso*, op. cit., 99-100.

²⁰ Cfr. A. PORCIELLO, *POS*, op. cit., 32, il quale però sembra propendere per una priorità del piano metodologico, almeno nella prima fase del percorso fulleriano. Sulla inscindibilità della questione metodologica da quella teorica, e soprattutto sulla dipendenza della prima dalla seconda, piuttosto che della seconda dalla prima, rinvio alle pagine, a mio parere definitive, di U. SCARPELLI, *Cosè il positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano 1965, 39 ss. (cap. V).



Molto interessante appare la metafora utilizzata da Fuller per rendere evidente questo paradosso. L'aver limitato l'orizzonte del decisore (il giudice) a ciò che è giuridicamente e formalmente valido equivale ad aver rinchiuso un animale in un recinto troppo piccolo. Ciò costringe il giudice a servirsi spesso di elementi a-tecnici che però non può esibire e che quindi non sono prevedibili: ecco l'incertezza che nasce dal concepire in maniera troppo ristretta le condizioni che dovrebbero produrre la certezza²¹. Secondo Fuller, invece, c'è bisogno di garantire «una più ampia area di pascolo anche per i giudici», il che significa che essi devono poter ricorrere a considerazioni non formalmente giuridiche, di cui devono essere pronti a dar conto pubblicamente, cosa che garantirebbe una certezza maggiore rispetto alla situazione nella quale il giudice è costretto a nascondere alcuni degli argomenti che lo conducono alla decisione²². Da questo punto di vista, Fuller riconosce il merito del realismo di «aver esteso l'ambito del giuridicamente rilevante e di aver attribuito alle considerazioni “extra-giuridiche” una qualche rispettabilità»²³.

Va forse sottolineato che qui non si tratta di perseguire una “certezza a lungo termine” di natura giurisprudenziale da contrapporre ad una “certezza a breve termine” di natura legislativa, per citare la nota distinzione proposta da Bruno Leoni nel suo volume *La libertà e la legge*²⁴. Si tratta piuttosto di allargare i riferimenti ai quali i giudici possono attingere per le loro decisioni, facendo sì che essi possano trovarli in ciò che sta fuori del diritto formalmente valido. Non, però, come vorrebbero i realisti (almeno nella lettura di Fuller) compiendo l'errore di schiacciare il diritto sulle regolarità sociali, bensì semplicemente assumendo in pieno l'impossibilità di demarcare una volta per tutte e

²¹ L. FULLER, *Scritti sulla certezza...*, op. cit., 42.

²² *Ibidem*.

²³ L. FULLER, *Scritti sulla certezza...*, op. cit., 39.

²⁴ Cfr. B. LEONI, *La libertà e la legge* (1961), introduzione di R. Cubeddu, Liberilibri, Macerata 1995, 87 ss. Sul rapporto tra Fuller e Leoni tornerò più avanti in queste pagine.

nettamente ciò che sta al di là della linea del diritto. È un errore grave, per Fuller, «supporre che siccome è possibile asserire che il *Punto A* è a nord del *Punto B* da ciò deve seguire che esista una linea di demarcazione al di là della quale tutto è nord, e sotto la quale tutto è sud»²⁵.

Un discorso come questo fa dunque emergere come diritto e società *debbano* dialogare costantemente, perché *non possono* fare diversamente. Si può dire che il diritto non può mai essere un orto recintato da dighe di cemento armato perché il linguaggio che esso utilizza non può impedire a ciò che sta fuori dal recinto di entrare continuamente: «per ogni parola giuridica che sia stata capace di sgravare se stessa dal peso della propria connotazione extra-giuridica, ne esistono dieci che introducono nel diritto un gran numero di associazioni non giuridiche»²⁶. E ancora: «i fatti giuridici differiscono dai fatti extra-giuridici in quanto i loro confini sono in genere meno certi»²⁷.

Questi assunti permettono altresì di inquadrare adeguatamente il discorso fulleriano relativo alla convivenza nel diritto di razionalità e discrezionalità, teso a sostenere convintamente che i due aspetti sono entrambi inevitabilmente presenti in ogni momento della vita giuridica²⁸. Richiamare questo punto particolare ci serve, di nuovo, per ricondurre anche questa dicotomia al rapporto tra diritto e società. Se, infatti, il diritto tende weberianamente ad essere sempre più razionale, e quindi a parlare il più possibile “con la voce del diritto”, cioè richiamando altro diritto, quello

²⁵ L. FULLER, *Scritti sulla certezza...*, op. cit., 77.

²⁶ *Ivi*, 125.

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ Sul punto, cfr. A. PORCIELLO, *POS*, 73 ss. Il tema è ovviamente un luogo classico della riflessione giuridica e filosofico-giuridica. Per una trattazione recente, cfr. B. PASTORE, *Decisioni e controlli tra potere e ragione. Materiali per un corso di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2013.

che Fuller chiama il «flusso fangoso»²⁹ della società ci ricorda che quella razionalizzazione non può mai essere completa, e che dunque sempre ci saranno, nella decisione giuridica, elementi che non sono completamente riconducibili a precedenti elementi giuridici. La presenza della discrezionalità nel diritto — almeno quella fisiologica — è determinata esattamente dalla necessità di tener conto di quel flusso continuo e sempre nuovo rappresentato dalle dinamiche sociali. Solo che questa discrezionalità non può mai trasformarsi in arbitrio, ma anzi deve trasformarsi in ragione, come dimostra proprio la teoria fulleriana della *adjudication*.

4. Forme di cooperazione nel diritto: la teoria della adjudication

Il Weber appena citato a proposito della razionalità nel diritto va menzionato nuovamente a proposito della *adjudication*, dal momento che quella che Fuller ci presenta è una *adjudication* come tipo ideale. Infatti, «se non esistesse una “*adjudication* ideale” sarebbe impossibile distinguere gli usi e gli abusi di una qualunque *adjudication*»³⁰.

A proposito di questa particolare teoria fulleriana va evidenziato innanzitutto che la *adjudication* viene presentata e collocata insieme ad altre due forme tipiche di organizzazione sociale, che Fuller chiama «organizzazione secondo obiettivi comuni» e «organizzazione secondo reciprocità». È interessante cioè che egli la consideri come una forma di organizzazione sociale e non come una procedura tecnica o ‘neutra’. In altre parole, l'*adjudication* è uno dei modi attraverso i quali una società dà ‘ordine’ ai rapporti tra gli individui. Ma se è così, allora se ne deve concludere che tutte le forme di organizzazione sociale rilevate da Fuller

²⁹ «La vita resiste ai nostri tentativi tesi ad assoggettarla a delle regole: il flusso fangoso dell'essere straripa in modo sprezzante al di là delle barriere che il nostro dover essere tenta di porre» (Fuller, *Scritti sulla certezza...*, op. cit., 69).

³⁰ L. FULLER, *Scritti sulla certezza...*, op. cit., 181.

implicano una qualche forma di cooperazione. Se questo appare scontato per l'organizzazione basata sul perseguimento di obiettivi comuni, così come per l'organizzazione basata sulla reciprocità (e a questo proposito si può giusto ricordare come Fuller eviti di identificare le prime con l'atteggiamento altruistico e le seconde con quello egoistico, facendo vedere come questi due atteggiamenti siano sempre compresenti nelle azioni umane), meno scontato può essere invece parlare di cooperazione a proposito della *adjudication*, in quanto questa forma di organizzazione — il cui tratto caratteristico è tradizionalmente considerato quello della presenza di un Terzo decisore sopra le parti — sembra rinviare piuttosto ad atteggiamenti di tipo non-cooperativo. L'originalità di Fuller invece è di individuare proprio nella cooperazione tra il giudice/arbitro e le parti il nucleo essenziale di questa forma di organizzazione sociale: «la caratteristica distintiva della *adjudication* [sta] nel fatto che essa conferisce alla parte coinvolta una particolare forma di partecipazione alla decisione, consistente nel presentare prove ed argomenti razionali al fine di ottenere una decisione in proprio favore»³¹.

Naturalmente, in questo caso si tratta di una cooperazione particolare, che la differenzia da tutte le altre: è una cooperazione basata sulla possibilità di argomentare razionalmente — e di trovare ascolto adeguato — a favore delle proprie ragioni. Proprio per questo, l'*adjudication* è particolarmente adatta a supportare le pretese e le richieste di tutela dei diritti, che non possono non essere fondate su 'ragioni'³².

È importante rilevare, in ogni caso, che anche gli argomenti delle parti, allo stesso modo di come avveniva per le argomentazioni dei giudici, per quanto debbano essere puntualmente sostenuti da elementi giuridici, non possono non portare la società dentro il diritto, dal momento che «la *adjudication* è uno strumento che dà formale e istituzionale espressione

³¹ *Ivi*, 190.

³² L. FULLER in maniera piuttosto originale definisce i diritti come «richieste fondate su un principio», *Scritti sulla certezza...*, *op. cit.*, 195.

all'influenza che gli argomenti motivati hanno nelle questioni umane»³³. Di nuovo, razionalità e discrezionalità si sommano e si armonizzano, mostrando non solo quanto esse siano sempre compresenti, e soprattutto quanto sia impossibile tenere nettamente separato il discorso giuridico dalla società nella quale esso si inserisce e per la quale esso viene elaborato. Volendo utilizzare una battuta, possiamo dire che per un autore come Fuller la porta della legge è sempre aperta e non può mai essere chiusa.

Se mai, va colto un aspetto — un limite — della *adjudication*, il quale non solo ci riporta al tema generale da cui siamo partiti, ma ci permette di cogliere il nucleo fondamentale del lavoro teorico del giurista americano. Il fatto che secondo Fuller questa forma di cooperazione/organizzazione non sia adatta per tutti i contesti³⁴, ci suggerisce infatti di tornare con la nostra attenzione al tema del rapporto tra diritto e società, e quindi della natura e della funzione del diritto, sul quale Fuller può manifestare pienamente l'originalità del proprio pensiero.

5. Una visione orizzontale del diritto

Uno dei meriti della monografia di Porciello è di aver ricostruito il dibattito sul pensiero di Fuller evidenziando come esso sia stato sacrificato dal modo riduttivo col quale ad esso ci si è approcciati. Aver considerato Fuller semplicemente come l'autore che aveva discusso con Hart sul rapporto tra diritto e morale ha impedito di vedere il nucleo fondamentale del pensiero fulleriano. Mentre invece proprio il ricostruire, o dissotterrare

³³ L. FULLER, *Ivi*, 192.

³⁴ «Laddove il successo di un'associazione umana dipenda dalla collaborazione spontanea e informale, adeguando le proprie forme al compito che essa si è assunta, in tal caso la *adjudication* è fuori posto [...] Determinati tipi di relazioni umane non costituiscono un appropriato materiale grezzo per un processo di decisione istituzionalmente impegnato ad agire sulla base di argomenti motivati» (*ivi*, p. 196-7).

questo nucleo, può permettere di intendere correttamente le posizioni difese da Fuller in quella famosa polemica.

La via più corretta per ricostruire il pensiero fulleriano appare dunque quella che pone al centro il concetto di *eunomics*, che non è solo un modo per comprendere (genericamente) «la legge, la teoria o lo studio del buon ordine sociale e degli assetti sociali praticabili»³⁵, ma è soprattutto lo strumento teorico capace di dar conto (in maniera più specifica) del fatto che il diritto è costitutivamente collegato alla relazionalità degli uomini e alla fisiologia dei loro rapporti. Il che significa, per essere più chiari, che esso non può essere ridotto, come avviene nella tradizione positivista, a un fenomeno normativo collegato essenzialmente al fenomeno della coazione e della regolamentazione della forza. Porciello mette bene in evidenza come Fuller, allo stesso modo di altri critici del positivismo, si trovi a insistere sul fatto che il diritto trovi «la propria ragion d'essere nell'accettazione da parte dei suoi destinatari: un'accettazione, beninteso, che non viene motivata dalla paura della sanzione, ma dalla presenza di ragioni»³⁶; e mette altrettanto bene in evidenza come questo significhi avere del diritto una immagine ben diversa rispetto a quella imperativistica: «il diritto non ha la funzione d'imporre dall'alto modelli comportamentali scelti in sede politica, ha bensì innanzitutto la funzione di rendere disponibili forme organizzative per razionalizzare relazioni interindividuali che già esistono»³⁷. Un'idea del diritto che si può definire *orizzontale*³⁸, e che non solo si distingue, ma direi si contrappone a quella *verticale* del positivismo giuridico.

³⁵ A. PORCIELLO, *POS*, *op. cit.*, 77.

³⁶ *Ivi*, 78.

³⁷ *Ivi*, 82.

³⁸ Così la definisce anche Porciello: *ibid.* È un punto che personalmente ritengo centrale: cfr. T. GRECO, *Relazioni giuridiche. Una difesa dell'orizzontalità del diritto*, in «Teoria e critica della regolazione sociale», 2014, 9-26; *Algunas reflexiones sobre la horizontalidad del derecho*, in «*Crónica Jurídica Hispalense. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla*», 2016 (14), 109-132.



Ora, dire che il diritto non può essere definito dal suo momento patologico, quello appunto dell'intervento della sanzione e dell'apparato sanzionatorio e giurisdizionale, ma deve essere colto muovendo dalla sua fisiologia, cioè dal ruolo che esso svolge nel contesto delle relazioni intersoggettive, vuol dire collocare al centro della teoria giuridica tutta una serie di concetti che la teoria giuridica preferisce invece mettere da parte: ad esempio, il concetto di cooperazione, di reciprocità, di fiducia, e persino quello di libertà. Ora, se in base a quest'ultimo può essere interessante — come fa Porciello — cogliere la vicinanza del pensiero di Fuller a quello di autori libertari come Hayek o Leoni³⁹, in base a quelli precedenti credo che invece se ne allontanano, nel momento in cui la prospettiva di Fuller appare appunto centrata sulla cooperazione, là dove quella di un autore come Leoni appare invece centrata piuttosto sulla competizione e sulla pretesa⁴⁰. In altre parole, mentre la prospettiva di Fuller rinvia ad «aspettative di reciprocità» che si fondano sulla credenza nella cooperazione e nella fiducia, e dunque rinviano a un sistema di diritti e di obblighi autonomamente assunti, la prospettiva di Leoni mi sembra rinvii piuttosto a un sistema di aspettative che ha il proprio reciproco, e dunque la propria garanzia, solo nella pretesa altrui. Ciò che non può non sfociare in una rinnovata visione verticale della società e dunque del diritto. Come ha giustamente notato, anche qui, Mauro Barberis, la teoria del diritto-pretesa «riesce a fare a meno della coercizione solo al prezzo di occultarla»⁴¹.

Ad ogni modo, l'esito più importante di questa "operazione-Fuller" mi pare sia da individuare nel fatto che essa fa emergere Fuller come un autore che «finisce col "creare" un concetto di diritto assai differente, ed in cui divengono centrali le concrete relazioni tra gli individui ed i concreti

³⁹ A. PORCIELLO, *POS*, *op. cit.*, 89 ss.

⁴⁰ Cfr. B. LEONI, *Il diritto come pretesa*, a cura di A. Masala, Liberilibri, Macerata 2004.

⁴¹ M. BARBERIS, *Introduzione a Leoni, Il diritto come pretesa*, *op. cit.*, p. XXXII.

obiettivi che essi intendono perseguire»⁴². Ne deriva un concetto di diritto «concepito alla stregua di un circolo virtuoso fatto d'interazioni reciproche, di rimandi continui dalla sfera morale a quella giuridica e viceversa»⁴³, nel quale il diritto perde la sua purezza e la morale riafferma il suo legame intimo con il funzionamento dell'ordine giuridico.

Sui rapporti tra diritto e morale si apre ovviamente il campo del Fuller più conosciuto e studiato, ma si tratta di un campo che va ora letto nel contesto più complessivo del pensiero di Fuller, che permette di sottrarre questo autore, come si diceva all'inizio, alla lettura tradizionale che ne ha fatto un giusnaturalista, sebbene *sui generis*⁴⁴. Discutendo il testo più noto dell'autore americano, e in particolare la natura dei criteri che costituiscono la *Inner Morality of Law*, Porciello avanza l'ipotesi, condivisa pure da altri autori che si sono occupati recentemente del pensiero fulleriano, che la moralità interna del diritto sia dotata di una propria moralità in quanto «rimanda alla concezione dell'uomo come agente responsabile»⁴⁵. Ma se così è, forse non è del tutto corretto continuare a considerare i criteri della morale interna del diritto come «regole costitutive di natura procedurale»⁴⁶. Se infatti essi costringono il legislatore e i giudici a trattare gli uomini come fini e non come mezzi, cioè come agenti responsabili, allora non può concludersi che i criteri non incidano sui contenuti del diritto. Se essi servono per «instaurare rapporti che sono rispettosi della dignità e della libertà dei suoi partecipanti»⁴⁷, ciò significa che incidono sul *cosa* e non soltanto sul *come*.

⁴² A. PORCIELLO, *POS*, *op. cit.*, 100.

⁴³ *Ivi*, 102.

⁴⁴ Cfr. B. BIX, *Jurisprudence: Theory & Context*, Carolina Academic Press, 2015; tr. it. *Teoria del diritto. Idee e contesti*, a cura di A. PORCIELLO, Giappichelli, Torino 2016, 109 ss.

⁴⁵ A. CALLEGARI, *Liberalismo, Rule of Law, diritto nel pensiero di Lon Fuller*, Aracne, Roma 2013, 147; citato da Porciello, *POS*, *op. cit.*, 144.

⁴⁶ A. PORCIELLO, *POS*, *op. cit.*, 151.

⁴⁷ *Ivi*, 154.

Insomma, e per concludere, Fuller rappresenta certamente un autore *a sé*, che deve essere ancora meditato e discusso, e che perciò merita un'attenzione maggiore rispetto a quella che gli si è rivolta sino ad ora. Una attenzione motivata anche dal fatto che nel suo pensiero possono essere rintracciati molti elementi presenti nelle teorie giuridiche contemporanee – in particolare nel pensiero di Dworkin e di Alexy – e di cui Porciello dà conto ampiamente nell'ultimo capitolo del suo lavoro monografico (tanto che forse questo lavoro avrebbe potuto legittimamente, per certi versi, rinviare *Alle origini del neocostituzionalismo* almeno nel suo sottotitolo).