



# ORDINES

*Per un sapere interdisciplinare sulle istituzioni europee*

ISSN 2421-0730

NUMERO 1 – GIUGNO 2023

CASIMIRO CONIGLIONE

**Alla ricerca della vera essenza del diritto.  
Considerazioni su un recente volume di scritti  
di Lon Luvois Fuller**

CASIMIRO CONIGLIONE\*

**Alla ricerca della vera essenza del diritto.**

**Considerazioni su un recente volume di scritti di Lon Luvois Fuller\*\***

Il volume curato da Andrea Porciello, secondo della collana *Elephas*, diretta dallo stesso Porciello e da Marina Lalatta Costerbosa, intende offrire al pubblico italiano due scritti significativi del giurista statunitense Lon L. Fuller (1902-1978).

Quest'ultimo è una figura assai interessante: in vita è stato un affermato avvocato e docente della School of Law di Harvard in Diritto dei contratti e in *Jurisprudence*, ossia in Teoria generale del diritto; ciò nonostante, dopo la sua morte, la letteratura giusfilosofica internazionale, e anche quella italiana, non ha dedicato molto spazio al suo pensiero, relegandolo anzi in una sorta di *oblio*.

Prima della sua riscoperta – o meglio della sua rivalutazione, che per quanto riguarda l'Italia si deve proprio al lavoro negli anni di Porciello<sup>1</sup> –

---

\* Dottorando in Lavoro, Sviluppo e Innovazione, Unimore - Fondazione Marco Biagi.

\*\* A partire da LON L. FULLER, *A cosa serve il diritto? Due scritti*, a cura di Andrea Porciello, Milano-Udine, Mimesis, 2021, pp. 132, con un saggio introduttivo del curatore: *La funzione del diritto secondo Fuller* (pp. 9-49). Nel testo le citazioni del volume sono indicate tra parentesi.

Le riflessioni qui sviluppate sono scaturite a margine della relazione dal titolo *Efficacia e interazione sociale tra diritto e morale: Lon L. Fuller* svolta dal Prof. Andrea Porciello, il 3 maggio 2022, nell'ambito del XXVI ciclo del "Seminario permanente di Teoria del diritto e Filosofia pratica" (coordinato dai Professori Gianfrancesco Zanetti, Thomas Casadei e Gianluigi Fioriglio) dedicato a *Tra teoria e prassi del diritto: aspetti dell'"efficacia"*, a partire da alcuni classici.

<sup>1</sup> A questo proposito, si segnalano le seguenti monografie: *Il caso degli speleologi di Lon L. Fuller. Un approccio alla filosofia attraverso dieci pareri di fantasia*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2012; *I principi dell'ordine sociale e libertà individuale. Saggio sulla Jurisprudence di Lon L. Fuller*, Ets, Pisa, 2016.

Si vedano inoltre, dello stesso Porciello, i seguenti contributi in cui il pensiero di Fuller è ampiamente trattato: *Fuller's Theory in Quest of Itself. The Fear of Immoral Morality*, in *Archiv für Recht und Sozialphilosophie*, 101 (1), 2015, pp. 1-15; i tre saggi introduttivi *Il problema della certezza tra realismo giuridico e normativismo*, *Certezza giuridica tra teoria e prassi del diritto*, *Le decisioni giuridiche tra aspirazioni razionali ed elementi discrezionali* raccolti nel volume di Lon L. Fuller, *Scritti sulla certezza del diritto*, a cura di A. PORCIELLO, Ets, Pisa, 2016, rispettivamente alle pp. 21-35, 95-109, 147-161; *Il concetto di diritto implicito: un ipotetico dialogo tra Fuller e Alexy*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 17, 2017, pp. 329-349; *Leggi naturali dell'organizzazione, interazione sociale e diritto implicito: l'indispensabile un corretto inquadramento dell'opera di Fuller*, in *Politica.eu*, 1, 2020, pp. 6-24, consultabile in <http://www.rivistapolitica.eu/leggi-naturali-dellorganizzazione-diritto-implicito-e>

Fuller era ricordato quasi esclusivamente, da un lato, per il concetto della *Inner Morality of Law* e, dall'altro, per il lungo dibattito che ha avuto con H.L.A Hart, che lo avrebbe visto soccombente innanzi al giurista inglese<sup>2</sup>. Anche una delle opere più note sulla storia della filosofia del diritto, ossia quella di Guido Fassò, relega la figura di Fuller a quella di un mero "giusformalista"<sup>3</sup>.

Le motivazioni per cui Fuller è stata una figura incompresa, ad avviso di Porciello, sono due: la prima motivazione è che gli studiosi e le studiose hanno ipotizzato che Fuller sia stato semplicemente, appunto, un giusformalista, e che il suo obiettivo sia stato quello di dimostrare che il diritto soggiace a un set di princìpi procedurali per la sua validità (cfr. p. 9); la seconda motivazione è che Fuller, sostanzialmente, non è ascrivibile a

---

interazione-sociale-lindispensabile-per-un-corretto-inquadramento-della-proposta-di-fuller/ (ultima consultazione 11 luglio 2022); A. PORCIELLO, *Diritto e morale: tre questioni*, Ets, Pisa, 2021, pp. 103-160.

Prima di Porciello, in Italia, aveva dedicato specifica attenzione alle opere di Fuller: A. DAL BROLLO, *La moralità del diritto: assiologia e diritto nel pensiero di Lon. L. Fuller*, Bulzoni, Roma, 1986. In tempi più recenti si segnalano i lavori di A. SCHIAVELLO, *La crisi del positivismo giuridico: l' "antipositivismo" di Lon Fuller e Ronald Dworkin*, in A. SCHIAVELLO, V. VELLUZZI (a cura di), *Il positivismo giuridico. Un'antologia*, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 117-135; A. CALLEGARI, *Liberalismo, Rule of law. Diritto nel pensiero di Lon L. Fuller*, Aracne, Roma, 2013; P. MARRA, "Intenzionalità" del diritto in Lon L. Fuller, in *L'Ircocervo. Prima rivista elettronica italiana di metodologia giuridica – Teoria generale del diritto e Dottrina dello Stato*, 2, 2021, pp. 186-202.

Com'è noto, il testo più celebre di Fuller, *The Morality of law* del 1972, è stato tradotto in edizione italiana a cura di A. DAL BROLLO, nel 1986, dalla casa editrice Giuffrè nella collana "Civiltà del diritto" diretta da F. Calasso e curata da F. Mercadante.

<sup>2</sup> Positivism and the separation of law and moral / by H.L.A. Hart. Positivism and fidelity to law: a reply to professor Hart/by Lon L. Fuller, *Harward law review*, vol. 71, n. 4 (Feb. 1958).

Per un'accurata ricostruzione del dibattito tra Hart e Fuller, oltre agli studi di Porciello – *Diritto e morale*, in M. LA TORRE, A. SCERBO (a cura di), *Una introduzione alla filosofia del diritto*, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ), 2003, cit., pp. 102-115; *I princìpi dell'ordine sociale e libertà individuale. Saggio sulla giurisprudenza di Lon L. Fuller*, cit., pp. 131-164; *Diritto e morale: tre questioni*, cit., pp. 103-160 – si vedano A. LOCHE, *Moralità del diritto e morale critica. Saggio su Herbert Hart*, FrancoAngeli, Milano, 1997, pp. 19-66; F. VIOLA, *Il "rule of law" e il concetto di diritto*, in *Ragione Pratica*, 1, 2008, pp. 151-170; A. SCIURBA, *Il Rule of law e le relazioni tra diritto e morale nel dibattito tra Hart e Fuller*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 9, 2009, pp. 701-742. Cfr., inoltre, P. Cane (ed. by), *The Hart-Fuller debate in the twenty-first century*, Hart, Oxford, Portland, 2010.

<sup>3</sup> G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto* (1968), 3 voll., edizione aggiornata a cura di C. FARALLI, Laterza, Roma-Bari, 2006, vol. III, pp. 375-376.

nessuna scuola di pensiero giusfilosofico, giacché spazia dal realismo, al positivismo e al giusnaturalismo (cfr. pp. 10-11).

In realtà, l'impianto metodologico e le idee di Fuller, come argomenta il curatore nel suo denso saggio introduttivo in apertura al volume<sup>4</sup>, non sono meno importanti rispetto ad altri filosofi del diritto che, invece, godono di una maggiore considerazione, quali – ad esempio – Oliver Wendell Holmes Jr., Gustav Radbruch o Ronald Dworkin.

Più nel dettaglio, i due saggi di Fuller raccolto nel volume che qui si discute, *Law as an instrument of Social Control and Law as a Facilitation of Human Interaction* (pp. 63-82) e *Two Principles of Human Association* (pp. 63-126), sono emblematici per cogliere appieno le idee di Fuller.

Nel primo saggio, Fuller pone, da subito, al lettore la domanda se il diritto sia solo uno strumento di controllo sociale, oppure uno strumento che permette di facilitare l'interazione tra i consociati. A questo proposito, il giurista statunitense – argomentando per la seconda opzione – prova ad addurre vari esempi tratti dai diversi rami del diritto. Certamente l'esempio più interessante (perché deriva dalla formazione civilistica di Fuller) è quello tratto dal diritto dei contratti: nella stipulazione di un contratto – argomenta il giurista statunitense – i contraenti, com'è noto, manifestano la loro volontà di adempiere alle obbligazioni di un contratto, assumendo una reciprocità di diritti e doveri.

Ciò nonostante, è pur vero che esistono i mezzi per porre rimedio all'inadempimento di una delle parti e, a primo impatto, si è portati a pensare che questi strumenti esercitino la funzione di controllo sociale tra le parti; tuttavia – argomenta Fuller – questi sono elementi secondari che non permettono la vera comprensione del diritto dei contratti, giacché “il fatto che la capacità di obbligare legalmente qualcuno facilita essa stessa l'interazione” (p. 71). Infatti – sostiene Fuller – la capacità di agire per la stipulazione dei contratti (o meglio, la capacità d'interazione con gli altri consociati per curare i rispettivi affari) non è concessa a coloro che non hanno acquisito la maggiore età, rimanendo preclusi (almeno fino al compimento della maggiore età) dall'interazione sociale con altri agenti responsabili (cioè i consociati). Il diritto certamente usa la forza ed esercita il controllo sociale, ma il controllo sociale deve tendere all'obiettivo di facilitare l'interazione sociale tra i consociati.

Ciò è particolarmente vero nel diritto consuetudinario perché, ad avviso di Fuller, la consuetudine genera un modello di aspettative

---

<sup>4</sup> A. PORCIELLO, *La funzione del diritto secondo Fuller*, cit., p. 10.

reciproche che deriva da pregresse forme di interazione tra i consociati<sup>5</sup>. Questo aspetto delle interazioni reciproche tra agenti responsabili, per Fuller, è stato sottovalutato dai giuspositivisti, concentrati unicamente sull'aspetto del diritto come comando o mero esercizio della forza; anche la stessa coercizione esercitata dai consociati per il rispetto delle norme, non è meno efficace rispetto a quella imposta dal diritto positivo: l'unica differenza è che, per i giuspositivisti, la coercizione può essere esercitata solo da un organo, mentre nel diritto consuetudinario la coercizione è esercitata dalla coscienza sociale tacita di tutti gli agenti responsabili, giacché permette un'aspettativa interazionale sul comportamento degli altri (cfr. pp. 73-77).

Le medesime considerazioni possono essere svolte con riferimento al secondo scritto della raccolta. Qui Fuller – dopo aver rievocato alcuni ricordi giovanili sull'associazionismo – intende analizzare le motivazioni per cui i consociati tendono ad associarsi tra loro: da un lato, gli agenti responsabili si associano secondo il principio dell'*impegno condiviso*; dall'altro, gli agenti responsabili si associano secondo il *principio giuridico*, che indica un'associazione retta da regole formali e che attribuisce diritti e doveri ai partecipanti.

Un'associazione, com'è noto, è tenuta insieme dal fatto che i partecipanti interagiscono e cooperano per conseguire un obiettivo comune, oppure – come evidenza Fuller – perché le norme impongono ai partecipanti determinati comportamenti da tenere. Eppure la differenza tra questi due principi dell'associazione tende a sfumare, perché i due principi sono portati a interagire e a cooperare insieme, creando una dicotomia che, in realtà, non esiste; sarà estremamente difficile capire quando opera un principio in vece di un altro.

Questo secondo saggio – così come il primo – si pone in forte polemica contro il giuspositivismo, giacché le interazioni tra i consociati non possono essere spiegate all'interno di una mera applicazione di regole o comandi che

---

<sup>5</sup> Sulla questione della consuetudine si vedano, a titolo esemplificativo, per un'ampia panoramica S. ZORZETTO (a cura di), *La consuetudine giuridica. Teoria, storia, ambiti disciplinari*, Ets, Pisa, 2008; B. CELANO, *Consuetudine: un'analisi concettuale*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 14, 2014, pp. 597-667. Cfr., anche, Id., *Consuetudini, convenzioni*, in P. COMANDUCCI e R. GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto 1995. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, pp. 35-87 (riedito in B. CELANO, *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni*, Aracne, Roma, 2010, pp. 173-232); Id. *Consuetudine e norme sulla produzione di norme*, in P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (a cura di), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*, Giappichelli, Torino, 1996, pp. 185-214 (riedito in B. CELANO, *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni*, cit. pp. 233-280).

– nonostante la loro importanza – non riescono a cogliere la vera *essenza* del diritto (fermo restando che le regole, per Fuller, come nel precedente scritto, devono facilitare la cooperazione e l’interazione dei consociati e non soggiogarla).

Ciò premesso, quindi, è agevole constatare come per Fuller la giustificazione del diritto “non possa essere contenuta all’interno del diritto positivo, né può consistere, *a là* Austin, in una attitudine all’obbedienza” (p. 14). In linea generale infatti, ad avviso di Fuller, sussistono due motivazioni di ordine logico per cui il diritto non può (né deve) essere una mera obbedienza tra l’autorità e i cittadini.

In primo luogo, come si è avuto modo di osservare attraverso i due scritti di Fuller, il diritto permette di instaurare rapporti *orizzontali* e non solo rapporti *verticali*, i consociati non applicano le norme giuridiche solo per le finalità del legislatore, bensì le applicano per curare la gestione dei propri interessi: il diritto è utilizzato come uno strumento che appartiene ai cittadini, e permette la manifestazione della creatività da parte degli stessi. I cittadini non sono semplici soggetti passivi innanzi al potere, ma soggetti attivi e responsabili. In forza di ciò, il diritto mette in moto il *Circle of Interaction* (“circolo delle interazioni”), ossia un circolo di aspettative e di interazioni reciproche tra i cittadini stessi (cfr. pp. 15-18).

In secondo luogo, per Fuller, la reciprocità delle relazioni tra i consociati è resa possibile attraverso l’esistenza di *leggi della natura dell’ordine sociale* e se si vuole cogliere la *ratio* originale (vera) del diritto a queste bisogna guardare. Ad avviso di Porciello, tale concetto e ciò che più avvicina Fuller alla prospettiva giusnaturalistica. Tuttavia – e qui la sua originalità – egli rigetta qualsiasi istanza metafisica del diritto, poiché il fondamento delle leggi non ha una natura divina, ma ha una natura tutta terrena. Le leggi dell’ordine sociale sono create dai cittadini per i cittadini.

Porciello individua così per Fuller l’etichetta di *giusnaturalista istituzionalista*, perché il giurista americano – prendendo spunti dagli insegnamenti di Santi Romano<sup>6</sup> – ritiene che il diritto derivi

---

<sup>6</sup> “Il diritto, prima ancora di essere norma [...] è organizzazione, struttura, posizione della stessa società in cui si svolge e che esso costituisce come unità, come ente per sé stante [...]”: così S. ROMANO, *L’Ordinamento giuridico* [1917-1918], edizione aggiornata a cura e con un saggio di M. Croce, Quodlibet, Macerata, 2018, cit., p. 38. L’accostamento è proposto dallo stesso Porciello in *La funzione del diritto secondo Fuller*, cit., p. 20. L’Autore utilizza la medesima espressione, ossia quella di “giusnaturalista istituzionalista”, in altri suoi lavori: *Diritto e morale: tre questioni. Scorci di teoria del diritto*, cit., pp. 136-137; *Leggi naturali dell’organizzazione, diritto implicito e interazione sociale: l’indispensabile per un corretto inquadramento della proposta di Fuller*, cit., p. 12.

dall'organizzazione sociale (che a sua volta lo precede) e crea nuova organizzazione sociale. Se il diritto assolve a questa funzione, esso non è diverso da tutte le attività che si propongono di realizzare un obiettivo (*Purpositive Activities*) e che trovano nella forma organizzativa la propria *ratio*. Per Fuller, e questo è un primo caposaldo, il diritto è dunque una *forma orizzontale di organizzazione sociale*: non ci sono mere decisioni giuridiche imposte dall'alto (come imporrebbe il canone del giuspositivismo), ma elementi razionali che rispondono alle esigenze orizzontali dei consociati – il diritto fornisce la disponibilità di razionalizzare le relazioni e le pretese interindividuali (cfr. pp. 21-26).

Il secondo caposaldo della filosofia di Fuller che deve essere analizzato è quello dell'*Implicit Law* ("il diritto implicito") che è strettamente correlato alla dimensione orizzontale del diritto stesso.

Per Fuller, infatti, la reciprocità delle relazioni e delle leggi dell'ordine sociale poggiano all'interno di una logica implicita del linguaggio, che rende superflua la formalizzazione esplicita di certi comportamenti all'interno delle norme giuridiche<sup>7</sup>. Porciello esemplifica questo concetto, prendendo spunto da un noto esempio di Fuller: si ipotizzi – argomenta Fuller – che il legislatore decida di emanare una disposizione in cui tutte le future leggi non dovranno più possedere i requisiti della trasparenza e della pubblicità. In questo caso, è ancora diritto? Oppure inizia ad essere un'aberrazione giuridica?

È questa una delle cause per cui Fuller critica il giuspositivismo: per i giuspositivisti l'esempio riportato è certamente diritto, poiché è l'autorità ad emettere queste norme e vi è solo un rapporto verticale tra autorità e cittadini; mentre per Fuller non può essere considerato diritto, perché viene a mancare la dimensione implicita del diritto<sup>8</sup>, che è coesistente alla sua fisiologia.

Il diritto implicito per Fuller è invisibile, un elemento fondamentale che non ha motivo di essere scritto e conoscibile. Ciò malgrado, cosa bisogna fare nei casi in cui il diritto implicito contrasti con le esigenze più ovvie di giustizia e correttezza? L'argomentazione normativa del giurista

---

<sup>7</sup> È evidente, qui, l'influsso nella proposta filosofica di Fuller delle idee di Ludwig Wittgenstein: A. PORCIELLO, *La funzione del diritto per Fuller*, cit., p. 31.

<sup>8</sup> L'esempio non è né astratto, né remoto, perché la Costituzione degli Stati Uniti d'America nulla prevede in tema di pubblicità delle leggi. La mancanza espressa di una disposizione sulla pubblicità delle leggi, tuttavia, non è contraria alla Costituzione (e non è contrario al diritto implicito se non nel caso esposto in precedenza in cui va contro la dimensione fisiologica del diritto). In tal senso, cfr. P. MARRA, "Intenzionalità" del diritto in Lon L. Fuller, cit., p. 195.

statunitense – che critica il perno centrale del giuspositivismo, ossia la certezza del diritto – è quella di ancorare la flessibilità del diritto implicito come strumento di giustizia (cfr. pp. 34-35).

L'ultimo caposaldo, il terzo, della proposta giusfilosofica di Fuller, ad avviso di Porciello, è rappresentato dalla interazione sociale – che raggruppa in un *unicum* i concetti analizzati in precedenza.

L'idea della reciprocità delle interazioni permette di comprendere la nozione della *Self-Directed Interaction* che consiste non solo in una pretesa egoistica dei consociati al perseguimento dei propri interessi, ma in una “liberà riflessiva in cui ogni agente è sicuro del fatto che la propria percezione del contenuto delle regole corrisponderà alla percezione degli altri agenti” (p. 38). Ciò avviene perché tutte le parti in gioco del diritto, ossia i cittadini, i funzionari, i giudici e il legislatore, sono i protagonisti di un'impresa collettiva, dove la cooperazione e la partecipazione – che, ad ogni buon conto si ricorda, sono i presupposti impliciti – permettono il funzionamento e la migliore rappresentazione della forma organizzativa prescelta.

È particolarmente interessante, sotto questo profilo, come nel secondo saggio Fuller sostenga che i legami che vincolano un membro di un'organizzazione devono essere sempre assoggettati alle esigenze del *giusto processo*, ossia al rispetto del procedimento formale (cfr. p. 122).

Per comprendere appieno questo passaggio, Porciello riprende da Fuller il caso del procedimento elettorale, quale forma giuridica di organizzazione sociale per eccellenza. Le elezioni – come sostiene Fuller – si possono celebrare in molti modi: possono essere rappresentate nella forma organizzativa peggiore (manipolazione della volontà degli elettori, elettori poco informati, conteggi di comodo); oppure, ciò è fondamentale, possono essere espresse nella sua forma organizzativa migliore: un elettorato libero, un elettorato assai informato, un'ampia partecipazione al procedimento elettorale, trasparenza e equità nella fase del conteggio del voto. Allontanarsi da questi principi significa non solo una lesione a requisiti giuridici fondamentali dell'organizzazione, ma anche una lesione alla persona intesa come agente responsabile.

Nel complesso, il volume curato da Porciello permette di guardare alla figura di Fuller sotto una nuova luce; il giurista statunitense – diversamente da quanto sostenuto in genere nella letteratura giusfilosofica secondaria – non era solo un “giusformalista”, il suo interesse non è infatti la “cura della



forma”, ma la “cura della persona”<sup>9</sup>, dei consociati (gli agenti responsabili) per aumentarne il grado di rappresentatività, la capacità d’agire e la loro libertà per il raggiungimento dei propri interessi.

Il rispetto delle procedure, dei principi e delle formalità sono indubbiamente importanti, ma *subordinati* rispetto al vero obiettivo della filosofia di Fuller.

In conclusione, Fuller invita il giurista e i cittadini ad andare oltre una certa apparenza del diritto, affinché si riesca ad osservarne la vera essenza.

---

<sup>9</sup> Dal Brollo ha avuto modo di rilevare, tuttavia, un limite della filosofia del giurista statunitense, che consiste nell’assenza di un adeguato studio sulla fenomenologia dell’uomo: “Sembra insomma mancare, in realtà, una adeguata e sviluppata fenomenologia dell’essere dell’uomo, che pare invece dato come presupposto, già noto. Si pensa, in specie, in relazione a ciò, al certo insufficiente risalto, e alle certo carenti spiegazioni o analisi fondative, così della condizione co-esistenziale dell’uomo [...]” (A. DAL BROLLO, *La Moralità del diritto: assiologia del diritto nel pensiero di Lon L. Fuller*, cit., p. 111).