



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI DI BARI  
ALDO MORO



DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI GIURIDICI ED ECONOMICI  
DEL MEDITERRANEO: SOCIETÀ, AMBIENTE, CULTURE

JONIAN DEPARTMENT - MEDITERRANEAN ECONOMIC AND  
LEGAL SYSTEMS: SOCIETY, ENVIRONMENT, CULTURES



## ANNALI 2014 – ANNO II

(ESTRATTO)  
PIERO MARRA

*Sulla direzione manageriale del diritto. Una corrispondenza epistolare tra Fuller ed Hart*



DIRETTORE DEL DIPARTIMENTO

BRUNO NOTARNICOLA

COORDINATORE DELLA COLLANA

FRANCESCO MASTROBERTI

COMMISSIONE PER GLI ANNALI DEL DIPARTIMENTO JONICO

BRUNO NOTARNICOLA, DOMENICO GAROFALO, RICCARDO PAGANO,  
GIUSEPPE LABANCA, FRANCESCO MASTROBERTI,  
NICOLA TRIGGIANI, AURELIO ARNESE, GIUSEPPE SANSEVERINO, STEFANO VINCI

COMITATO SCIENTIFICO

DOMENICO GAROFALO, BRUNO NOTARNICOLA, RICCARDO PAGANO,  
ANTONIO FELICE URICCHIO, MARIA TERESA PAOLA CAPUTI JAMBRENGHI,  
DANIELA CATERINO, MARIA LUISA DE FILIPPI, ARCANGELO FORNARO,  
IVAN INGRAVALLO, GIUSEPPE LABANCA, TOMMASO LOSACCO,  
GIUSEPPE LOSAPPIO, FRANCESCO MASTROBERTI, FRANCESCO MOLITERNI,  
CONCETTA MARIA NANNA, FABRIZIO PANZA, PAOLO PARDOLESI,  
FERDINANDO PARENTE, GIOVANNA REALI, LAURA TAFARO,  
SEBASTIANO TAFARO, NICOLA TRIGGIANI

COMITATO REDAZIONALE

STEFANO VINCI (COORDINATORE), AURELIO ARNESE,  
MARIA CASOLA, PATRIZIA MONTEFUSCO, ANGELICA RICCARDI,  
ADRIANA SCHIEDI, GIUSEPPE SANSEVERINO

---

REDAZIONE:

PROF. FRANCESCO MASTROBERTI

DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI ECONOMICI E GIURIDICI DEL MEDITERRANEO: SOCIETÀ,  
AMBIENTE, CULTURE

CONVENTO SAN FRANCESCO, VIA DUOMO, 259 - 74123 TARANTO, ITALY

E-MAIL: [FRANCESCO.MASTROBERTI@UNIBA.IT](mailto:FRANCESCO.MASTROBERTI@UNIBA.IT)

TELEFONO: + 39 099 372382

FAX: + 39 099 7340595

HTTP://WWW.ANNALIDIPARTIMENTOJONICO.ORG



Piero Marra

SULLA DIREZIONE MANAGERIALE DEL DIRITTO\*  
Una corrispondenza epistolare tra Fuller ed Hart

ABSTRACT	
La <i>direzione manageriale</i> è principalmente l'emanazione autoritaria di direttive nei confronti di subordinati, secondo compiti e fini stabiliti da un superiore. Coincidono con essa, in maniera più o meno simbolica, non solo il dispotismo, ma anche differenti tipi di autorità societaria e di regolazione burocratica, inclusa la riallocazione amministrativa di beni. In contrasto con l'attività del legislatore, che, nella concezione di Fuller, fornisce disposizioni fondate sull'autonomia dei cittadini, la direzione manageriale opera in una struttura strettamente gerarchica, ed è apprezzata quando l'efficienza è messa al primo posto. Partendo da queste premesse, attraverso la lettura di una famosa corrispondenza epistolare fra Hart e Fuller, la questione sollevata in queste pagine riflette sulla compatibilità tra regole di efficienza, o di una 'morale del dovere', e 'moralità del diritto'.	The principal feature of managerial direction seems to be the authoritative issuance of directives to subordinates for accomplishing tasks or ends set by a superior. It tallies, more or less symbolic, not only with despotism but also with various types of corporate authority and bureaucratic regulation, including the administrative reallocation of goods. In contrast with legislation which, in Fuller's conception, provides guideposts for self-directed activity by citizens, managerial direction operates within a hierarchical structure and is valued when efficiency is considered desirable. Starting from these premises, the question set in this essay concerns the supposed compatibility between rules of efficiency or 'morality of duty' and the 'morality of law' through reading the famous Hart-Fuller correspondence.
<b>Moralità intrinseca del diritto – direzione manageriale – condizioni praxeologiche</b>	<b>Inner morality of law – managerial direction – praxeological conditions</b>

SOMMARIO: 1. Dalla prospettiva del legislatore. – 2. Principi di moralità del diritto. – 2.1. Direzione manageriale e diritto. – 3. Il dibattito tra Fuller e Hart. – 3.1. Uno scambio epistolare: abbagli interpretativi. – 3.2. Posizioni inconciliabili? – 4. Diritto e responsabilità.

1. - Se il diritto è un fatto, è un fatto molto speciale. Emerge, in particolare, il suo carattere finalizzato, qualità che gli conferisce valore, dandogli senso e direzione. In

\* Saggio sottoposto a referaggio secondo il sistema del doppio cieco.

questa veste, il fenomeno giuridico è capace di comprendere in sé anime tra loro complementari ed interdipendenti, in un costante bipolarismo tra «essere» [*Sein*] e «dover essere» [*Sollen*]<sup>1</sup>, o tra «morale del dovere» [*morality of duty*] e «morale dell'intenzionalità» [*morality of aspiration*]<sup>2</sup>. La questione è in apparenza semplice: una morale del dovere o una legislazione fondata esclusivamente su regole di efficienza e di creazione formale sono sufficienti a spiegare la moralità del diritto? Il dibattito epistolare tra Lon Fuller ed Herbert Hart rappresenta un terreno fertile d'indagine<sup>3</sup>.

Per rispondere alla nostra domanda, infatti, si potrebbe partire proprio dalla contrapposizione di Fuller tra «morale del dovere» e «morale dell'intenzionalità». Le due morali – così come raffigurate da Fuller nella sua opera principale, *The Morality of Law* – sono strettamente connesse e vicendevolmente compenetranti. La «morale del dovere» è orientata da una «morale dell'intenzionalità», la quale aspira, a sua volta, alla piena realizzazione delle potenzialità umane, andando ben «oltre l'affermazione della necessaria e puntuale osservanza dei doveri nascenti dalle esigenze elementari della vita comunitaria»<sup>4</sup>.

Il punto di partenza è la prospettiva del legislatore.

Ci si preoccupa, in altri termini, della fonte del diritto, del «chi» può fare diritto, alla luce della separazione tra lo sforzo di fare una legge e la legge stessa<sup>5</sup>. Non è una

<sup>1</sup> Condivido l'immagine bipolare del diritto, nel pensiero di Lon L. Fuller, così come introdotta da A. DAL BROLLO, *Moralità del diritto. Assiologia e diritto nel pensiero di Lon. L. Fuller*, Roma, Bulzoni, 1986, pp. 13-19. Infatti, una prima chiave di lettura della filosofia di Lon Fuller è proprio quella relativa alla distinzione tra «morale del dovere» e «morale dell'intenzionalità» che lo studioso indica come preliminare per un'indagine del diritto di taglio teleologico. Due anime del diritto che non afferiscono a settori diversi dell'esperienza, ma sono due facce della stessa cosa. Di qui polari, perché attratti l'una all'altra.

<sup>2</sup> In questo testo il termine «*morality of aspiration*» è tradotto in «morale dell'intenzionalità» sulla base della traduzione ufficiale operata dal A. Dal Brollo sul testo di Lon L. Fuller. Lo stesso Fuller ci dice che la «morale dell'intenzionalità» è «con la massima chiarezza esemplificata nella filosofia greca. Essa è la morale della vita virtuosa, dell'eccellere, della più completa realizzazione delle possibilità umane». Cfr. L.L. FULLER, *Morality of Law*, New Heaven, Yale University Press, 1964, trad. it. (con una presentazione di) A. Dal Brollo, *La moralità del diritto*, Milano, Giuffrè, 1986. Dunque, «intenzionalità» non fa riferimento alla fenomenologia contemporanea ed all'intenzionalità come processo cognitivo, attitudine del soggetto di avere coscienza di qualcosa. Qui intenzionalità sta ad indicare, più che altro, l'aspirazione della «morale del dovere» a raggiungere una morale ulteriore e maggiormente virtuosa. In questo modo, «*morality of aspiration*» potrebbe essere tradotto con «morale dell'aspirazione»; aspirazione alle massime possibilità del diritto.

<sup>3</sup> Le parole di Lon Fuller ben rappresentano l'importanza di un tale interrogativo: «[...] I believe that law is not a datum, but an achievement that needs ever to be renewed, and that cannot be renewed unless we understand the springs from which its strength derives». Pertanto, per conoscere il diritto occorre comprendere i fondamenti dai quali deriva la sua forza. Cfr. L.L. FULLER, *American Legal Philosophy at Mid-Century – A Review of Edwin W. Patterson's Jurisprudence, Men and Ideas of the Law*, in *J. Legal Educ.*, 6 (1954), pp. 457-477.

<sup>4</sup> Cfr. DAL BROLLO, *Moralità del diritto*, cit., p.14.

<sup>5</sup> Una tale premessa è al centro dell'opera più importante di FULLER, *The Morality of Law*, cit. Già dalle prime citazioni emerge subito un primo aspetto importante messo ben in evidenza da J. NADLER, *Hart, Fuller, and the Connection Between Law and Justice*, in «*Law & Philosophy*», 27 (2007), pp. 1-

questione semplicemente conoscitiva, ma fondazionale, con cui ci si interroga sul *rule of law* come principio di eguaglianza di fronte al diritto che limita il potere sia dei governanti, sia dei governati attraverso la riscoperta dell'«essere» dell'uomo. Su queste basi, Fuller inquadra la legislazione in una sorta di «diritto naturale processuale» capace di distinguere il diritto dal non-diritto, e soprattutto in grado di allontanare l'esperienza giuridica dal pericolo di una mostruosa deriva efficientistica. Non è difficile, infatti, ridurre l'attività giuridica ad una «*direzione manageriale*», confondendo, cioè, la prospettiva del legislatore con quella semplicemente di un manager.

2. - L'indagine di Fuller in *The Morality of Law* muove dalla considerazione che il diritto costituisce un fatto dell'esperienza umana oscillante a mo' di pendolo tra due estremi: da un lato la «morale del dovere», e, dall'altro, la «morale dell'intenzionalità». Si tratta di due facce della stessa medaglia. La «morale del dovere» ci indica la strada verso la «morale dell'intenzionalità», laddove quest'ultima sembra spiegare la finalità e la direzione della prima, mantenendone il senso pieno per l'uomo in un particolare ambito di esperienza quale è il diritto.

La riflessione di Fuller prescinde da ogni forma o visione dualistica del diritto (essa è, semmai, soltanto polare). Trascende ogni dicotomia e ogni giudizio soggettivo circa l'ordine della società<sup>6</sup>. Una tale impostazione consente di approdare ad un esame oggettivo del fenomeno, volto a cercare gli elementi per così dire «praxeologici», condizioni che risalgono all'idea stessa del diritto<sup>7</sup>, condizioni senza le quali quel particolare fatto non sarebbe neppure pensabile. Fuller non si arrende all'evidenza<sup>8</sup>; è consapevole che alcuni caratteri sono strutturati ontologicamente e che i principî costituenti l'«essere» dell'uomo esistono ed operano per buona misura indipendentemente dalla coscienza e dalla consapevolezza degli uomini, così come dalla scienza elaborata dai giuristi. In tal senso, il vero ideale di «fedeltà al diritto» [*fidelity to law*] non si raggiunge attraverso il culto feticistico della sola legge formale.

34: «[...] adopting the perspective of the lawgiver was a rhetorical strategy of Fuller's, for that was an attempt to refuse the positivist theory on its own terms».

<sup>6</sup> Cfr. L.L. FULLER, *The Problems of Jurisprudence*, Brooklyn, New York, Foundation Press, 1949, pp. 694.

<sup>7</sup> Per definire la «praxeologia» riprendo le parole di A. INCAMPO, *Filosofia del dovere giuridico*, Bari, Cacucci, 2012, p. 92: «La validità pragmatica prima o praxeologica [...] è la validità che non dipende semplicemente da norme, ma dall'idea stessa di un atto. In tal senso, esprime dei doveri necessari e universali, senza i quali ci sarebbe l'impossibilità dell'atto o la sua trasformazione in una realtà diversa. Kant non esiterebbe a classificare tali doveri come condizioni *a priori* di validità, poiché non derivano dall'esperienza empirica dei fatti sociali, bensì dal loro primo concetto». In questo caso la praxeologia è riferita all'atto di legislazione. Si veda sul punto anche A. INCAMPO, *Metafisica del processo. Idee per una critica della ragione giuridica*, Bari, Cacucci, 2010, pp. 268-271.

<sup>8</sup> Fuller difende un'originale concezione «procedurale» del diritto di matrice giusnaturalista, distinguendo una morale *interna* da una *esterna*. La prima non ci dice nulla dei contenuti, come fa, invece, la seconda, ma indica forme e procedure che il diritto deve rispettare per raggiungere il suo fine. Si veda nello specifico FULLER, *La moralità del diritto*, cit., *passim*.

Ne deriva la visione di un «diritto naturale processuale», strettamente collegato al «diritto naturale sostanziale», diritto che non si riduce semplicemente ad elemento formale, e, dunque, a mero fatto dell'esistenza umana<sup>9</sup>. I postulati processualistici anticipano, infatti, il significato e la direzione del diritto intorno all'anima substantiva dello stesso, in virtù del suo carattere polare ed olistico. In altre parole, c'è una «dimensione morale delle procedure» che si configura come quel carpentiere che costruisce conoscendo già la direzione e la funzione del suo agire: ogni suo gesto è prodromico e funzionale rispetto agli altri; non è mai un semplice atto.

È in quest'ottica che Fuller, secondo una originalissima concezione «processuale» del diritto di matrice giusnaturalistica, riconosce alcune forme che rendono possibile e pensabile il sistema giuridico. Si tratta di vere e proprie costanti necessarie per la «buona legislazione» [*eunomic project*]<sup>10</sup>, regole che non sono meramente procedurali, ma anticipano il contenuto del diritto ed il suo «perché».

Il diritto, allora, consiste essenzialmente in alcuni principî alla base della «comunicazione» fra legislatore e destinatari della legge<sup>11</sup>. Senza di essi il sistema non solo sarebbe cattivo, ma non potrebbe neppure chiamarsi «giuridico» («that is not properly called a legal system at all»<sup>12</sup>). Tali principî individuano la specifica «moralità del diritto» [*morality of law*] proprio perché radicati in profondità, nell'«esserci» dell'uomo e delle sue relazioni sociali. Eccone i principali: (i) generalità; (ii) pubblicità; (iii) ir-retroattività<sup>13</sup>; (iv) chiarezza; (v) non-contraddittorietà; (vi) efficacia; (vii) certezza; (viii) congruenza tra norme e loro effettiva applicazione<sup>14</sup>. Si potrebbero paragonare

<sup>9</sup> La parola «*procedural*», introdotta da Fuller, deve essere compresa in termini sostanziali, poiché essa è «procedurale» in quanto «capace di indicare che non siamo interessati agli scopi sostanziali delle norme giuridiche, ma ai modi in cui un sistema di norme volto a governare la condotta umana deve essere costruito ed amministrato se ha da essere efficace ed allo stesso tempo rimanere ciò che si propone di essere». Cfr. FULLER, *La moralità del diritto*, cit., pp. 130-131.

<sup>10</sup> Il lavoro che raccoglie i saggi di Fuller circa il suo progetto di buon governo (*rectius* di buone leggi) è contenuto in K. WINSTON, *The Principles of Social Order – Collected Essays of Lon L. Fuller*, Oxford, Hart Publishing, 2001. Il curatore di quest'opera tenta di presentare i differenti modelli di ordine sociale che il filosofo americano ha individuato durante tutta la sua speculazione. Ad ogni modo, sembra che la parola «*eunomia*» sia di origine aristotelica nell'accezione di «buon diritto» e compare per la prima volta in FULLER, *The Problems of Jurisprudence*, cit..

<sup>11</sup> Sulla legislazione Fuller afferma che: «[...] does not tell a man what he should do to accomplish specific ends set by the lawgiver; it furnishes him with baselines against which to organize life with his fellows». Dunque, per Fuller il diritto non è «uno strumento di controllo sociale» che agisce al di sopra dei cittadini. Cfr. L.L. FULLER, *Human Interaction and the Law*, in *Am. J. Juris.*, 14 (1969), p. 1.

<sup>12</sup> Cfr. FULLER, *The Morality of Law*, cit., p.39.

<sup>13</sup> Secondo Fuller una norma retroattiva «non può in quanto tale essere da guida all'agire, ma inficia in radice l'integrità delle norme che si ritengono in prospettiva vigenti, sottoponendola alla minaccia di un cambiamento retrospettivo». Cfr. FULLER, *La moralità del diritto*, cit., pp. 71-86.

<sup>14</sup> J. WALDRON, *The Concept and the Rule of Law*, in *Ga. L. Rev.*, 43 (2008), pp. 1-7, sostiene che tali requisiti hanno caratteri formali perché ci parlano di forme che le norme giuridiche devono avere affinché un ordine giuridico sia istanziato.



alle pedine del gioco degli scacchi: senza di esse non ci sarebbe alcun gioco degli scacchi, giacché il gioco non sarebbe né giocabile, né tantomeno pensabile<sup>15</sup>.

2.1. - Adottare la prospettiva del legislatore – come in queste pagine – significa individuare, ad un tempo, la visuale del non-legislatore. In questo modo, Fuller distingue il diritto dalla *direzione manageriale*, il legislatore dal manager. Qual è la differenza? La storia di *Rex*<sup>16</sup> – che esprime la prospettiva del legislatore – non è solamente ispiratrice degli otto *desiderata* elencati in precedenza, ma ci conduce ad alcune riflessioni sulle forme di ordine sociale e di buon governo (*eunomia*)<sup>17</sup>.

Per Fuller sussistono due modi di ordinare la società: uno è il diritto, l'altro è la *direzione manageriale*. Essi hanno punti in comune perché entrambi consentono il controllo dell'attività umana attraverso la direzione e la subordinazione, ma differiscono per alcune peculiarità proprie. In particolare, l'attività in un contesto *manageriale* segue gli scopi propri fissati dal superiore, laddove nel diritto il legislatore impone condotte con il fine generale di servire la società. Nel primo caso le direttive legano direttamente il subordinato al manager; nel secondo, invece, le regole disciplinano i rapporti fra cittadini, e, solo indirettamente, le relazioni con l'autorità. La *direzione manageriale* ha certamente bisogno di pubblicità, di chiarezza delle proprie direttive, della loro non mutevolezza e della loro coerenza. Non le serve, tuttavia, il confronto con la generalità, dal momento che i suoi ordini si riferiscono ad interessi solo particolari; perde d'importanza, altresì, il criterio della «congruenza tra azione ufficiale e norma dichiarata» e così anche la retroattività di quest'ultima, giacché «nessun manager ordinerebbe di fare qualcosa a suo favore ieri»<sup>18</sup>. In tal seno, manca al contesto manageriale un principio di reciprocità fra chi decide e chi vi è subordinato. All'opposto, invece, di ciò che accade per il diritto.

If we think of law after model of military command or managerial direction, then to accomplish the task set by the commander, the subjects must obey and this duty of obedience derives from the fact that someone must be in command, from the fact

<sup>15</sup> Cfr. J. PIAGET, *Le jugement moral chez l'enfant*, Parigi, Presses Universitaires de France, 1932, trad. it. G. Petter, *Il giudizio morale del bambino*, Milano, Giunti, 2009, opera presa più volte in considerazione da Fuller per l'idea di «moralità intrinseca» dei giochi, e per le analisi sulla capacità spontanea dei bambini di comprendere subito le forme istituzionali che rendono il gioco giocabile.

<sup>16</sup> *Rex* è il protagonista dell'opera di FULLER, *La moralità del diritto*, cit., introdotto nel secondo capitolo (*La morale che rende possibile il diritto*) al fine di elaborare otto condizioni di moralità intrinseca del diritto.

<sup>17</sup> Il pensiero di Fuller è celebre anche per il suo «*eunomic project*». Per la comprensione della sua filosofia è utile la lettura di WINSTON, *The Principles of Social Order*, cit., in particolare si veda L.L. FULLER, *Irrigation and Tyranny*, in *Stan. L. Rev.*, 17 (1965), pp. 1021-1142, (riportato nel sopracitato lavoro) basilare per la comprensione del disegno, da parte di Fuller, di regole di «buon governo» in grado di scongiurare il rischio di una *direzione manageriale* del diritto e, dunque, di una riduzione di quest'ultimo a dimensioni meramente efficientistiche.

<sup>18</sup> Cfr. L.L. FULLER, *Anatomy of the Law*, New York, Praeger, 1968, pp. 14-15. Infatti, secondo Fuller, alle volte la retroattività è utile per correggere la non correttezza delle disposizioni.

that all must pursue effectively a single general goal. But if ‘law’ serves to organize men’s interactions with one another, then the moral force of law lies, not in that it comes from above as a command directed toward some ‘social’ goal, but from its necessity as an organizing principle of men’s interrelations<sup>19</sup>.

Una differenza decisiva tra *dimensione manageriale* del diritto e diritto in senso stretto sta nel fine generale che il legislatore persegue, fine che induce il cittadino al riconoscimento del valore della legge, e, quindi, ad un rapporto di obbedienza ad essa non fondato semplicemente sulla forza. Il diritto, in altre parole, disciplina le relazioni fra i destinatari della norma e per essere efficace crea un ordine sociale in grado di considerare il cittadino soprattutto come fine e non solo come mezzo. La *direzione manageriale*, dal canto suo, mira a regolare i rapporti tra autorità e destinatari della legge allo scopo di attuare fini unicamente particolari e non più generali, costringendo gli stessi destinatari a divenire soltanto mezzo di ordini imposti dal potere. Le due direzioni sono, dunque, tecnicamente commensurabili, ma addirittura opposte in alcuni punti decisivi. Le parole di Fuller in alcune pagine senza data e titolo, riprodotte in *The Papers of Lon L. Fuller*, chiariscono bene tale differenza:

A legal system does not succeed or achieve ‘efficacy’ simply because the citizen is willing to obey orders. It succeeds if it creates a stable order by which the citizen can orient his conduct toward his fellows [...] a functioning society is its goal, not a subservient populace ready to do what they are told to do. This is not some extra-legal purpose assigned to law from without; it is intrinsic to the very notion that government should act towards the citizen only in compliance with previously announced general rule<sup>20</sup>.

3. - Il pensiero di Fuller si confronta inevitabilmente con il giuspositivismo e il formalismo giuridico. A porre alcune questioni importanti è, fra gli altri, Herbert Hart nel saggio *Positivism and the Separation of Law and Moral*; Fuller vi risponde in *Positivism and the Fidelity to Law*<sup>21</sup>. Il caso su cui si discute riguarda la sentenza di condanna pronunciata nella Germania post-nazista contro alcune donne che, nel rispetto della legislazione hitleriana, avevano denunciato i propri mariti per le loro critiche al regime [*Case of the Grudge Informer*]<sup>22</sup>. Partendo da questo caso, Hart affer-

<sup>19</sup> Cfr. L.L. FULLER, *Re ‘Anarchism’ of My Views, The Papers of Lon L. Fuller*, in «Harvard Law School Library», Box 10, Folder 12, (documento non datato), illuminante per la distinzione delle due dimensioni.

<sup>20</sup> Cfr. K.A. RUNDLE, *“Forms liberate”*: *Reclaiming the Legal Philosophy of Lon L. Fuller*, Oxford, Hart Publishing, 2012, p. 113. Ancora una volta emerge la distanza dalla *direzione manageriale* del diritto

<sup>21</sup> Per un’interessante presentazione delle figure dei due tra i più grandi teorici del diritto del XX secolo, rinvio a N. LACEY, *Out of the ‘Witches’ Cauldron? Reinterpreting the Context and Reassessing the Significance of the Hart-Fuller Debate*, in P. CANE (ed.), *The Hart-Fuller Debate in the Twenty-First Century*, Oxford, Hart Publishing, 2010.

<sup>22</sup> La discussione verteva sulla sentenza dell’*Oberlansgericht* di Bamberg, del 1949, che condannava una donna per aver denunciato il marito a seguito di asserita violazione di una legge nazista del 1934.

ma che «le leggi, per quanto moralmente inique, continuano ad essere leggi», e, nonostante egli riconosca «forme minime di protezione delle persone e della proprietà», riduce il concetto di diritto a una questione soltanto formale.

Hart muove diverse obiezioni. La critica forse maggiore riguarda il rapporto tra moralità *interna* o processuale del diritto e moralità *esterna* del diritto, connessa cioè al bene comune e alla giustizia. Secondo Hart, nulla vieta che i principî generali possano essere compatibili anche con l'ingiustizia<sup>23</sup>. Si veda, ad esempio, il principio di chiarezza o intelligibilità delle norme. Vi potrebbero essere delle leggi chiare, ma eticamente inaccettabili.

[...]The principle that laws must be clearly and intelligibly framed is incompatible [...] with the pursuit of vaguely defined substantive aims, whether they are morally good or evil [...]. There is therefore no special incompatibility between clear laws and evil. Clear laws are therefore ethically neutral thus they are not equally compatible with vague and well-defined aims.<sup>24</sup>

Per Fuller, invece, l'efficienza giuridica non è solo una questione di forma. La legalità non è riconducibile alla semplicistica deferenza all'autorità. La legalità ha, al contrario, bisogno della volontaria osservanza e collaborazione dei destinatari: essa non è tanto o solo nella testa del legislatore, ma si confronta necessariamente con il mondo dei bisogni umani al quale si riferisce.

3.1. - La filosofia di Fuller ruota, come si è detto, attorno alla stretta relazione tra «diritto naturale processuale» e «diritto naturale sostanziale». Eppure, non mancano interpretazioni parziali. La polemica di Hart verte proprio sull'inadeguatezza dei principî di efficienza come contenuto sufficiente della moralità del diritto. Infatti:

Poisoning is no doubt a purposive activity, and reflections on its purpose may show that it has its internal principles. [...] But to call these principles of the poisoner's art 'the morality of poisoning' would simply blur the distinction between the notion of

Nel 1951, in «Harvard Law Review», 64 (1951), p. 1005, fu messa in discussione la veridicità del fatto raccontato da Hart e Fuller, pur se veniva riconosciuta l'autorità degli argomenti addotti. La Corte d'appello, infatti, non aveva considerato invalida la legge, pur ritenendo comunque accettabile la tesi per cui una legge che contrasta con il diritto naturale è invalida. Nel caso di specie, la donna era stata condannata per il semplice fatto di aver causato, senza necessità, la perdita di libertà del marito. Tale comportamento, secondo la Corte, era «contrario alla sana coscienza e al senso di giustizia di qualsiasi uomo onesto». Il caso degli informatori mostra la peculiarità e l'originalità, oltre che la diversità di metodo, delle tesi con cui Fuller prende le distanze sia dai giudici dei Tribunali della Germania post-nazista e post-comunista, sia da Hart. Si perviene, in altre parole, alla proposta interessante di verificare preliminarmente la sussistenza delle condizioni per così dire *a priori* di validità delle leggi. Così Fuller non discute il contenuto della legge sugli informatori nazisti (comunque bollata come una «mostrosità legislativa»), ma denuncia la violazione del criterio formale relativo all'efficacia delle norme. Cfr. H.O. PAPPE, *On the Validity of Judicial Decisions in the Nazi era*, in *Mod. Law Rev.*, 23 (1960), *passim*.

<sup>23</sup> Cfr. HART, *Il concetto di diritto*, cit., p. 241.

<sup>24</sup> Cfr. HART, *The Morality of Law – by Lon L. Fuller*, cit., pp. 1287 ss..

efficiency for a purpose and those final judgment about activities and purposes with which morality in its various forms is concerned.<sup>25</sup>

In una lettera privata, Fuller chiede allo stesso Hart come mai le sue interpretazioni abbiano omesso il riferimento al «*sense of trusteeship*» e abbiano considerato solamente l'espressione «*pride of craftsman*»<sup>26</sup>. Emblematica è la Lettera a Philip Selznick. Scrive, tra l'altro:

[...] in one passage of my book I speak of an 'appeal to a sense of trusteeship and the pride of the craftsman.' In his review of my book H. L. A. H. cuts out the reference to trusteeship, and uses my reference to 'the pride of the craftsman' as a kind of admission by me that the whole thing is a matter of 'efficacy'.

Nella stessa lettera continua osservando:

A model I have used in debates recently is this: 'A traffic cop stands in his box in the middle of a busy intersection. He is, as it were, a minor legislator. He can do his job badly: he can give ambiguous signals, he can make it uncertain while he talks with a friend whether he is still giving signals or has temporarily resigned from his job, his signals may be changed so fast no one can follow them, they may be ambiguous, etc. Now here is a certain kind of failure. Is it moral? Certainly if he is an imbecile who has no idea of the implications of his actions we can excuse him from moral censure. But if he is just plain sloppy and indifferent, surely we need some way of condemning him that has a least a 'moral' flavor. Some of my critics seem to say that a moral question would be presented only if the cop were giving ambiguous signals for a bad end, such as causing an accident that would injure an enemy. They seem to reject anything like a procedural or institutional morality. I would say the sloppy cop is injuring an institution which consists in a cluster of reciprocal expectations between motorists and cops. [...] The cop's sloppiness injures not only the institution represented by himself and his uniform and box, but also the extension of that institution to the next street corner, where the conscientious cop may have his efforts partially nullified by a carryover of confusion'.<sup>27</sup>

Stando così le cose, Hart ha ricondotto gli otto principi di moralità del diritto al solo «*pride of craftsman*», trascurando il «*sense of trusteeship*». Di qui il suo errore. Per Fuller, appunto, la mancanza di reciproca fiducia delle relazioni in un ordine sociale corrisponde all'esistenza di leggi che perseguono interessi soltanto particolari, com'è accaduto, ad esempio, con le leggi razziali<sup>28</sup>. Di qui l'arte di fare le leggi come

<sup>25</sup> Cfr. H.L.A. HART, *The Morality of Law – by Lon L. Fuller*, in *Harv. L. Rev.*, 78 (1965), p. 1286.

<sup>26</sup> Cfr. L.L. FULLER, *Letter from Lon L. Fuller to H.L.A. Hart, 3 February 1965*, *The Papers of Lon L. Fuller*, in «Harvard Law School Library», Box 3, Folder 14 (Correspondence).

<sup>27</sup> Cfr. L.L. FULLER, *Letter from Lon L. Fuller to Philip Selznick, 18 August 1965*, *The Papers of Lon L. Fuller*, in «Harvard Law School Library», Box 7, Folder 6 (Correspondence).

<sup>28</sup> Anche la *Relazione* ufficiale al codice civile italiano evidenzia come la giuridicità sia costruita sulle fondamenta di una dimensione fiduciaria. Infatti, ivi si afferma che la correttezza è uno stile morale delle persone che impedisce agli slanci egoistici di dominare in un ambito quale quello dei rapporti privati, garantendo un minimo di collaborazione nei rapporti obbligatori.

“moralità della legislazione” [*morality of lawing*]<sup>29</sup>. Le patologie della legislazione nazista possono essere analizzate, prima ancora che sui contenuti, sulle forme di tale legislazione, forme piegate ad un’impostazione esclusivamente *manageriale* del diritto che perde completamente di vista il bene dell’uomo<sup>30</sup>.

I due grandi errori del giuspositivismo consistono per lo più in una duplice indifferenza epistemologica: da un lato su ciò che oppone l’esistenza alla non esistenza del diritto, e, dall’altro, sul ruolo che le regole giuridiche possono avere rispetto alla moralità dell’agire umano<sup>31</sup>. Quest’ultimo aspetto, a dire il vero, è davvero rilevante. Il diritto non ha una semplice funzione *manageriale* caratterizzata da ordini gerarchicamente superiori senza una precisa finalità morale, ma considera le necessità sociali, i bisogni e le problematiche dell’intera comunità<sup>32</sup>. L’errore ripetuto di Hart sta nel non considerare la comunanza di scopi [*intendments*] fra governanti e governati. Se le leggi venissero sistematicamente violate dai governanti, i cittadini non avrebbero più ragione di rispettarle, né avrebbe più senso la «fedeltà al diritto» [*fidelity to law*]<sup>33</sup>. Secondo Fuller, dunque, è necessario riconoscere il significato di reciprocità del diritto, evitando di interpretare il rapporto giuridico a favore unicamente di chi detiene il potere legislativo. A guadagnarci è la stabilità stessa delle leggi.

<sup>29</sup> Vedi *infra* nota 41.

<sup>30</sup> Questa lettura emerge nell’opera di RUNDLE, “Forms liberate”: Reclaiming the Legal Philosophy of Lon L. Fuller, cit., p. 62. Si veda anche L.L. FULLER, *Positivism and Fidelity to Law – A Reply to Professor Hart*, in *Harv. L. Rev.*, 71 (1958), pp. 630-672.

<sup>31</sup> Qui Fuller sembra tracciare un’altra strada, rispetto a quella seguita in *La moralità del diritto*, secondo cui la legalità è il frutto della connessione necessaria tra mezzi e fini propria di ogni azione umana. È in tal senso che l’esistenza del diritto dipende dalla moralità. Cfr. A. SCIURBA, *Il Rule of Law e le relazioni tra diritto e morale nel dibattito tra Hart e Fuller*, in «Diritto&Questioni pubbliche», 9 (2009), pp. 701-742, in particolare pp. 721-722.

<sup>32</sup> Cfr. FULLER, *The Morality of Law*, cit., p. 207. Occorre evidenziare quest’ulteriore aspetto relativo al confronto tra diritto e *direzione manageriale*. Al di là delle facili critiche che si possono muovere a questa comparazione tra il sistema giuridico e quello *manageriale*, legate ad una sopravvalutazione che Fuller fa degli specifici punti di distanza tra i due ordini, Postema scrive che: «the essential difference lies not in the content of the specific ends or purposes that may be served in complying with directives, but rather in the relations among the directives, the directive-givers, and the directive-appliers or directive-followers». Cfr. G.J. POSTEMA, *Implicit Law* in «Law & Philosophy», 113 (1994), pp. 361-387, in particolare p. 385. Un commento simile allo stesso passo di Fuller è quello di Nadler, il quale riprende il concetto fulleriano di reciprocità, integrandolo con quello di «equivalence». Cfr. NADLER, *Hart, Fuller and the Connection Between Law and Justice*, cit., p. 26.

<sup>33</sup> Vedi R. DWORKIN, *The Elusive Morality of Law*, in *Vill. L. Rev.*, 10 (1965), pp. 631-639, in particolare p. 637; ivi si afferma, tra l’altro, che non ci sarebbe nulla di immorale in una legge formalmente incoerente. Anche Marshall Cohen sarà dello stesso avviso. L.L. FULLER, *A Reply to Professor’s Cohen and Dworkin*, in *Vill. L. Rev.*, 10 (1965), pp. 655-666, specialmente p. 600, mantiene la sua linea difensiva sostenendo che se si affermasse solo il principio di autorità nella produzione della legge, verrebbe meno quella interazione tra legislatore e cittadino indispensabile al senso morale di obbedienza alla legge. Il cittadino, infatti, sente il dovere morale di obbedire alla legge solo se il legislatore mantiene l’obbligo morale di rispettare gli interessi degli stessi cittadini nell’attuazione di una piena reciprocità verticale.

3.2. - Le premesse sono inconciliabili. La riduzione hartiana dell'ordine giuridico alla validità formale non comprende in alcun modo la questione morale sollevata da Fuller. V'è di più. Hart non rinuncia mai a separare il diritto dalla morale (neanche nella fase del cosiddetto «normativismo realistico»)<sup>34</sup>, continuando ad affermare che la legge, anche se iniqua, rimane legge<sup>35</sup>. Emerge, in questo modo, la differenza di fondo. Secondo Fuller esistono delle condizioni di validità del diritto che non risalgono solo alla struttura, ma anche alla funzione del diritto stesso<sup>36</sup>. Ed è proprio alla funzione del diritto che è riconducibile la reciproca cooperazione fra «*lawgiver*» e «*citizens*». La reciprocità rappresenta una precisa linea di demarcazione tra diritto e *direzione manageriale*, giacché solo il diritto è in grado di costruire legittime aspettative sociali e fiducia fra governanti e governati.

[...] almost as if it were designed to exclude the notion that there could be any right-ful expectation on the part of the citizen that could be violated by the lawgiver.

La domanda non è solo «Chi deve fare il diritto?», ma investe tutti i sistemi di relazioni all'interno della società; guarda ai modi e ai limiti di un ordine sociale che possa definirsi davvero «legale».

<sup>34</sup> Si tratta di un'apertura di Hart verso valutazioni etiche del diritto. Anche il filosofo britannico ammette forme minime di protezione delle persone, della proprietà e delle promesse, distanziandosi dalle teorie nichiliste per cui il diritto può avere qualsiasi contenuto (teorie tipiche del giuspositivismo). C'è da dire che la definizione di «morale», elaborata da Hart, sembra vaga e, soprattutto, caratterizzata da storicismo e/o soggettivismo sfociante in un relativismo sostanziale. Quanto appena detto emerge dalla contrapposizione tra Hart e Fuller circa il caso giudiziario degli informatori nazisti in cui l'analisi di Fuller mostra tutta la sua originalità, ma, in particolare, la diversità di approccio e di metodo rispetto all'impostazione hartiana.

<sup>35</sup> Dal Brollo sottolinea come il confronto tra Hart e Fuller si prospetti come un «dialogo tra sordi», in quanto le posizioni teoriche di partenza dei due sono completamente diverse. È lo stesso Hart che afferma la diversità di impostazione; ciononostante, non approfondisce tale aspetto e pretende di confrontarsi con Fuller. Quest'ultimo, invece, non cade in tale errore (come rivela nell'ultimo capitolo aggiuntivo rivolto ai detrattori del suo pensiero, probabilmente reso possibile per il limite speculativo del suo primo approccio).

<sup>36</sup> La considerazione fullericiana sulla funzione del diritto ci conduce all'analisi di regole funzionali di «validità sintattica». Le regole di funzione possono essere alla base di atti giuridici ed investono «molto da vicino anche la validità sintattica», ossia l'esistenza di norme in rapporto tra loro o in un ordinamento. Si veda al riguardo INCAMPO, *Filosofia del dovere giuridico*, cit., pp. 135-136, il quale afferma: «La funzione costituisce un nocciolo decisivo della validità ordinamentale, al punto di fondare il senso di una *Grundnorm* diversa da quella di Kelsen». Ebbene, «la norma fondamentale à la Kelsen presuppone che il diritto sia strutturalmente un insieme di norme e basta». Non dice nulla della funzione a differenza, ad esempio, del principio kantiano di «pubblicità» [*Publizität Öffentlichkeit*] in *Zum ewigen Frieden*.

Si noti che anche secondo Hart si può comprendere l'ordinamento giuridico individuando sia la struttura, sia la funzione. Se da un lato la struttura consiste in un insieme di norme, dall'altro la funzione punta all'efficacia di queste ultime. La tesi di Fuller si concentra, dal canto suo, sulla dimensione procedurale del diritto. Come già evidenziato, il termine «*procedural*» indica non solo un sistema di norme volto a governare la condotta umana, ma anche i mezzi funzionali alla giustizia, e, dunque, all'esistenza del diritto come valore. In tal senso, per Fuller la funzione spiega l'esistenza specifica del diritto. Vedi *supra* nota 9.

What is generally missing in these accounts is any recognition of the role legal rules play in making possible an effective realization of morality in the actual behavior of human beings. Moral principles cannot function in a social vacuum or in a war of all against all. To live the good life requires something more than good intentions, even if they are generally shared; it requires the support of firm base lines for human interaction, something that – in modern society at least – only a sound legal system can supply.

Sarebbe, ad esempio, impossibile una norma del tipo: «Tutti i membri del Parlamento sono da un momento in poi liberati da ogni limitazione da parte di qualsiasi legge, e sono autorizzati a rubare, uccidere e violentare senza incorrere in sanzioni penali»<sup>37</sup>. I suoi destinatari, infatti, non vi obbedirebbero. L'assenza di ogni reciprocità fra governanti e governati vanificherebbe ogni efficacia della legge, e, dunque, l'esistenza giuridica di quest'ultima.

4. - L'autonomia e la responsabilità del soggetto formano l'ulteriore significato del diritto<sup>38</sup>. Il diritto presuppone la libertà. Esso non guida semplicemente le azioni, ma le ispira in modo da rispettare la capacità di autodeterminazione dell'uomo e, quindi, la sua dignità<sup>39</sup>.

Every departure from the principles of law's inner morality is an affront to man's dignity as a responsible agent. To judge his actions by unpublished or retroactive laws, or to order him to do an act that is impossible, is to convey to him your indifference to his powers of self-determination. Conversely, when the view is accepted that man is incapable of responsible action, legal morality loses its reason for being. To judge his actions by unpublished or retroactive laws is no longer an affront, for there is nothing left to affront – indeed, even the verb 'to judge' becomes itself incongruous in this context; we no longer judge a man, we act upon him.<sup>40</sup>

Il legislatore non è un *manager* che si rivolge soltanto a subordinati o agenti privi di responsabilità<sup>41</sup>; se lo è, allora non è legislatore, poiché non produce diritto, ma una

<sup>37</sup> Cfr. FULLER, *La moralità del diritto*, cit., pp. 155-156. Fuller elabora altri esempi di norme impossibili legate alla formulazione appena presentata: «Ogni interferenza nelle azioni di tali persone è un crimine suscettibile di pena capitale», «Tutte le altre leggi di qualsiasi tipo sono abrogate», «Il Parlamento è disciolto per sempre».

<sup>38</sup> Cfr. L.L. FULLER, *Freedom: A Suggested Analysis*, in *Harv. L. Rev.*, 68 (1955), pp. 1305-1307, in cui l'agente responsabile è una persona capace di azioni finalizzate («capable of purposive action»), ovvero un uomo che ha obiettivi e capacità per realizzarli e che inquadra se stesso come fine. Ecco che in questo modo è giustificata la definizione morale degli otto *desiderata* poiché riguardano l'agire umano, dacché lo stesso diritto si rivolge all'uomo.

<sup>39</sup> Si veda NADLER, *Hart, Fuller, and the Connection Between Law and Justice*, cit., pp. 1-25.

<sup>40</sup> Cfr. FULLER, *The Morality of Law*, cit., pp. 162-163.

<sup>41</sup> È da evidenziare come nelle lettere private di Fuller emerga un suo dubbio sulla correttezza, a proposito del ruolo del legislatore, del termine «*morality*», da lui adoperato, invece del sostantivo «*ethos*»; quest'ultimo potrebbe, in effetti, catturare meglio l'idea che certe responsabilità sono relative a determinati ruoli. Cfr. FULLER, *Letter from Lon L. Fuller to Philip Selznick, 18 August 1965*, cit., scrive: «As for the use of the expression 'the internal morality of law' nothing hinges on the word 'morality'. I

moltitudine di ordini particolari e autoritari, imposti dall'alto in virtù di un vincolo di soggezione, non già di reciprocità. Il rapporto di mera subordinazione all'autorità non è da confondersi con la «fedeltà al diritto».

Ed ecco la novità del pensiero di Fuller, al di là di alcuni suoi limiti. La riflessione si sposta dall'oggetto alle condizioni che rendono possibile tale oggetto. E così anziché partire dall'oggetto, ha inizio dal *soggetto*<sup>42</sup>. In un modo, però, del tutto originale. Il risultato, infatti, pur giungendo all'individuazione di veri principî formali del diritto, non conclude nuovamente con una tesi formalistica della validità giuridica. Tutt'altro. Mantiene ferma la premessa fondamentale che il diritto ha come fine l'uomo. La forma nel diritto ha, dunque, questo di particolare: ha bisogno della giustizia per essere appunto un fatto del diritto e non uno dei tanti fatti dell'esperienza comune.

would settle for ethos, conscientious attitude, or trusteeship». Si veda anche L.L. FULLER, *Letter from Lon L. Fuller to Dorothy Emmet, 7 October 1966, The Papers of Lon L. Fuller*, in «Harvard Law School Library», Box 2, Folder 16 (Correspondence): «[...] one of my students made the interesting suggestion that if I could have called my book, instead of *The Morality of Law*, *The Morality of Lawing*, much of the misunderstanding might have been avoided. The word 'Law' calls to mind books lying inertly on selve, and of course bound pieces of paper are amoral. 'Lawing', on the other hand, would call to mind people in interaction with one another, and that picture in turn would suggest reciprocal responsibilities in the interaction is to proceed properly».

<sup>42</sup> Dal Brollo sottolinea come il limite della speculazione fulleriana stia proprio nell'assenza di una adeguata fenomenologia dell'essere dell'uomo. «[...] Sembra insomma mancare, in realtà, una adeguata e sviluppata spiegazione o interpretazione 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 coesistenziale dell'uomo, come di quella giustizia che pur certo appare in Fuller, come già accennato, la intrinseca e specifica finalità giuridica». Cfr. DAL BROLLO, *La moralità del diritto*, cit., p. 111.