

ALESSANDRA SCIURBA

Il Rule of Law e le relazioni tra diritto e morale nel dibattito tra Hart e Fuller

0. *Introduzione* – 1. *La questione fondamentale* – 2. *Una ricostruzione della polemica* – 2.1 *La prima fase: gli articoli del 1956 e del 1958* – 2.2. *La II fase: le prime edizioni dei due testi fondamentali di Hart e Fuller* – 2.2.1. *Hart e “Il concetto di diritto”* – 2.2.2. *Fuller e “La moralità del diritto”* – 2.3. *La terza fase: La recensione di Hart e la replica di Fuller. Prime considerazioni sul rapporto tra diritto e morale* – 2.4. *La quarta fase: le ultime opere di Hart e Fuller* – 2.4.1. *The Anatomy of Law. L'ultimo confronto di Fuller col positivismo* – 2.4.2. *Il Postscript di Hart e*

Find similar papers at core.ac.uk

provided by Archivio Istituzionale

della questione fondamentale: la relazione tra un diritto regolato dal rule of law e la giustizia

0. *Introduzione*

Il duello filosofico tra H.L.A. Hart e Lon Fuller durò oltre quindici anni, se si considerano solo i testi in cui in maniera diretta criticano l'uno le tesi dell'altro, e più di trenta, se si fa invece riferimento anche agli scritti in cui i due autori non si citano esplicitamente a vicenda, ma che appaiono in qualche modo segnati dal loro lungo confronto.

Nel corso di dispute così tenacemente costruite nel tempo, uno scambio costruttivo può trasformarsi piuttosto in un dialogo tra sordi, in cui ogni parte ha maggiormente a cuore l'affermazione delle proprie ragioni rispetto alla comprensione profonda di quelle dell'altra¹. Nondimeno, vista l'importanza che tale controversia ha rivestito nella storia della filo-

¹ Scrive ad esempio, Finnis, a proposito del problema che si pone quando appare la necessità di «annullare gli effetti di legge ingiuste», che «(...) il famoso dibattito tra Hart e Fuller su questo punto si riduce ad una questione di sottigliezze costituzionali, di implicazioni puramente simboliche e di convenienza nel decidere i dettagli». Cfr. FINNIS, J., *Legge naturale e diritti naturali* (1980), a cura di Viola, F., Giappichelli, Torino 1996, note a XII.3.

sofia del diritto novecentesca, appare ancora oggi di una certa utilità ripercorrerla nel suo dispiegarsi, cercando di coglierne e approfondire i momenti più significativi.

Scopo di questo lavoro è, pertanto, quello di fornire una ricostruzione, il più completa possibile, del dibattito tra Hart e Fuller, individuando, in maniera specifica, quella che di qui a breve definiremo come la *questione fondamentale* che da esso emerge, ovvero la problematica del *rule of law* e delle conseguenze che la sua definizione comporta nella descrizione del diritto e del suo rapporto con la morale e con la giustizia.

1. *La questione fondamentale*

Alla base di quelle che Barberis ha definito «le dispute razionalmente interminabili»² tra giuspositivismo e giusnaturalismo sta, evidentemente, la relazione tra diritto e morale.

Anche guardando al dibattito tra Hart e Fuller, alle fondamenta della discordia è la questione se esista o meno un punto di deviazione del diritto rispetto alla morale, superato il quale non sia più possibile parlare ancora di diritto e, qualora esistesse, dove bisognerebbe collocarlo. Oggetto diretto della loro discussione, però non è il contenuto sostanziale delle norme, ma riguarda, almeno *prima facie*, la loro struttura, per così dire, formale. Secondo Fuller, infatti, la connessione necessaria tra diritto e morale, tra *il diritto com'è* e *il diritto come dovrebbe essere*, sarebbe riscontrabile già al livello delle forme in cui il diritto deve essere codificato, applicato e interpretato, senza bisogno di avventurarsi in complessi e pericolosi giudizi riguardanti il contenuto delle leggi. Ciò cui Fuller fa riferimento è evidentemente il concetto di *rule of law*, di cui egli (pur non usando mai questa espressione) definisce le caratteristiche attraverso la famosa elencazione di otto *desiderata* cui un sistema giuridico deve conformarsi per essere tale. Vedremo come, a questo primo livello della questione, almeno in apparenza, non esista tra i due filosofi un totale disaccordo: che il diritto debba seguire determinate regole formali è qualcosa che in fondo viene accettato anche da Hart.

Le maggiori incongruenze tra le tesi dei due filosofi si fanno più evidenti, invece, ad un ulteriore livello della riflessione; quello sul quale si colloca una seconda e più controversa domanda: ammesso che il *rule of law* possa essere considerato una caratteristica intrinseca del diritto stesso, esiste una

² Cfr. BARBERIS, M., *Dispute razionalmente interminabili. Ancora su giuspositivismo e giusnaturalismo*, in COMANDUCCI, P. e GUASTINI, R. (a cura di), *Analisi e diritto 2006. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli Editore, Torino 2007.

connessione necessaria, come sostiene Fuller, tra un diritto che rispetta nel complesso i parametri del *rule of law*, la morale e la giustizia, oppure, come scrive Hart, un siffatto diritto non ha necessariamente a che fare con la morale ed è «purtroppo comunque compatibile con una grande iniquità»³?

2. Una ricostruzione della polemica

Nella nostra ricostruzione critica, suddivideremo il dibattito tra Hart e Fuller in quattro fasi successive l'una all'altra, determinate secondo un criterio cronologico cui vedremo sovrapporsi anche un criterio relativo all'evoluzione dei contenuti che caratterizzano gli scritti dei diversi periodi.

Ribadiamo che la ricostruzione critica di tutti i testi troverà il suo *fil rouge* in quella che abbiamo definito come 'la questione fondamentale' su cui intendiamo ragionare, a sua volta suddivisa sui due livelli dapprima individuati.

2.1 - La prima fase: gli articoli del 1956 e del 1958

I tre articoli scritti da Fuller e Hart tra il 1956 e il 1958 sono particolarmente esplicativi delle diverse concezioni del diritto proprie di questi due filosofi.

Nell'articolo del 1956, intitolato *Human Purpose and Natural Law*, Fuller costruisce le fondamenta sulle quali edificherà la sua teoria della moralità interna del diritto. Il problema principale che egli ha in mente, a suo parere ampiamente sottovalutato dai positivisti, è quello «*which arises when we attempt to reconcile the now generally accepted dichotomy of fact and value with a purposive interpretation of human behaviour*»⁴.

Fin da subito, si delinea quindi una delle più importanti (forse la più importante) tra le linee-guida dell'intero pensiero fulleriano: quella che Hart ha chiamato «*the notion of purpose*», definendola come la principale fonte di tutti i vizi e di tutte le virtù dell'opera di Fuller⁵.

Guardare le azioni umane dal punto di vista del loro scopo, ci suggerisce infatti Fuller, cambia non di poco il nostro modo di analizzarle. Non si

³ Cfr. HART, H.L.A., *Il concetto di diritto* (1961), a cura di Cattaneo, M.A., Nuova edizione con un poscritto dell'autore, Einaudi, Torino 2002, p. 241.

⁴ Cfr. FULLER, L.L., *Human Purpose and Natural Law* (1956), in *Natural Law Forum*, 3, 1958, p. 68.

⁵ Una simile passione, scrive ancora Hart, «*like any other, can both inspire and blind a man*». Cfr. HART, H.L.A., Recensione a *The morality of Law*, in *Harvard Law Review*, vol. 78 (1964-65), p. 1296.

tratta semplicemente di individuare un singolo obiettivo cui un'azione appare rivolta in un dato momento, perché la realtà è molto più complicata di un'immagine fermata per un istante (un'azione si evolve nel tempo, può modificare il suo corso, ecc.). Quel che ci rende capaci di cogliere il senso di un'azione sarebbe invece la nostra comune natura umana, «*our shared human nature*», comune a noi che osserviamo e a chi stiamo osservando, una natura «*at all times incomplete and in process of development*»⁶, come tutti noi in fondo siamo.

È a partire da questo presupposto che, secondo Fuller, occorre riflettere sul legame tra fatto e valore, e affrontare «*the means-end problem*» scorgendone l'interazione, (*interaction*), che in determinati ambiti comuni dell'azione umana caratterizza il loro rapporto e, pertanto, accettando il fatto che, almeno in alcuni contesti, i mezzi e il fine non possano essere presi in considerazione in maniera isolata l'uno dall'altro. Il fine viene modificato e finanche definito dai mezzi utilizzati per raggiungerlo, mentre questi ultimi non sarebbero neppure concepibili in quanto tali se non fossero rivolti ad un fine conoscibile. È questo il motivo per cui Fuller afferma che «*every means-end problem is unique*»⁷.

Con implicito riferimento alle posizioni del giuspositivismo a lui contemporaneo, Fuller lamenta a questo punto il rifiuto aprioristico, proprio della modernità, di legare il fatto con il valore, l' *essere* con il *dover essere*. In tal modo, secondo Fuller, diventa impossibile osservare dalla giusta prospettiva quelle che egli chiama *le forme di ordine sociale* (*social order*), e rendersi conto di come esse siano, più che degli strumenti, dei *fini in sé*: è infatti la loro stessa esistenza che permette agli uomini di essere quello che sono, di realizzare la loro natura di esseri sociali. Inoltre – ed è qui che fa la sua comparsa il secondo concetto fondamentale nel pensiero di Fuller, strettamente legato a quello di scopo – tutte le forme di ordine sociale hanno sempre una propria *moralità interna*. Tale moralità è il risultato di determinate caratteristiche formali che non potrebbero cambiare senza modificare, allo stesso tempo, il fine per cui l'ordine sociale era nato e, dunque, l'ordine sociale stesso.

⁶ Cfr. FULLER, L.L., *Human Purpose and Natural Law*, cit., p. 71.

⁷ Per chiarire meglio quale tipo di sguardo si possa proiettare da una simile prospettiva, Fuller introduce l'esempio della *common law* come modello immediatamente comprensibile di una «*collaborative articulation of a shared purpose*»: essa, infatti, non può certo definirsi l'opera di un singolo giudice, ma è piuttosto il frutto della collaborazione di tanti che hanno cooperato nel corso del tempo implementando le sue regole e creando la possibilità di interpretare e riadattare un giudizio passato ad una situazione nuova, trasformandolo così in un precedente. Cfr. FULLER, L.L., *Human Purpose and Natural Law*, cit., p. 74.

In *Positivism and the Separation of Law and Morals*, scritto nel 1958, per ribattere proprio a queste tesi fulleriane, Hart chiama immediatamente in causa le tesi attraverso le quali i suoi principali maestri, Bentham e Austin hanno sempre insistito sulla necessità di distinguere il diritto com'è dal diritto come dovrebbe essere. Prima ancora che Fuller abbia avuto modo di formulare pienamente la sua teoria della moralità interna del diritto, Hart ha quindi già cominciato a difendere da essa le basi del suo credo giuspositivista, anticipando gli sviluppi che le concezioni di scopo, di interazione tra mezzo e fine, e di coincidenza tra fatto e valore elaborate dal suo interlocutore, avrebbero avuto rispetto alla teoria della separabilità tra il diritto e la morale.

A partire dalle Critiche che muove alle posizioni di Friedman e di Radbruch, tese a riproporre una connessione necessaria tra diritto e morale al fine di tutelare la società da catastrofi come quelle totalitarie⁸, Hart vuole infatti dimostrare come un pensiero positivista non comporti necessariamente - neppure quando si tratta del pensiero utilitarista di Bentham e Austin - l'incapacità di controllare gli abusi del potere.

Separare ciò che è da ciò che dovrebbe essere, anzi, aiuterebbe a mantenere vigile lo spirito critico di fronte alla scelta se obbedire o meno a leggi moralmente deprecabili, e proteggerebbe l'ordine sociale da eventuali derive anarchiche o reazionarie.

Questo non significa però, ed Hart si guarda bene dal farlo, negare la relazione che storicamente, e quindi contingentemente, esiste tra il contenuto del diritto, tanto nelle sue produzioni legislative quanto nella sua parte interpretativa (il lavoro dei giudici), e le regole o i principi morali. Egli accetta anche, con Bentham e a differenza di Austin, che il potere legislativo possa essere limitato da principi costituzionali. Ciò però in cui si trova, almeno fino a questo punto, pienamente d'accordo con entrambi i due utilitaristi è il fatto che, in ogni caso, anche se una regola giuridica viola quelli che possono essere definiti come *standard di moralità*, essa rimane pur sempre giuridicamente valida: il diritto ingiusto, insomma, rimane pur sempre diritto.

Con la sua critica, seppur parziale, alla teoria del diritto come comando sostenuta da Austin, Hart ha però ormai compiuto un passo importante in direzione opposta alla tradizione giuspositivistica *forte*, aprendo una breccia attraverso la quale si insinueranno alcune critiche fulleriane.

In questa direzione si muovono certamente tanto la fondamentale distinzione tra norme di primo tipo, da cui derivano obblighi e norme di secondo tipo, che attribuiscono invece poteri, quanto la tesi della «*penumbra of debatable cases*» a proposito dell'interpretazione giuridica,

⁸ *Ibidem*, nota 5.

in cui si toccherebbe addirittura «*a point of necessary intersection between law and morals*», in quanto è chiaro che, nei casi che lo richiedono, il giudice sarà costretto a decidere guidato da «*some concept of what the law ought to be*»⁹.

Questo nuovo corso del pensiero di Hart sembra superare quindi (come riconoscerà esplicitamente anche Fuller) l'incomunicabilità fino a quel momento caratteristica del dialogo tra giuspositivisti e giusnaturalisti, svigorendo in qualche modo la rigida separazione austiniiana tra il diritto com'è e il diritto come dovrebbe essere. Non a caso, per difendere la propria posizione giuspositivista, Hart si affretta, nello stesso articolo, a sottolineare come le norme di secondo tipo, pur prevedendo una forma di legittimazione che passa attraverso l'accettazione (e non deriva quindi dal timore della sanzione) da parte di chi deve seguirle, non siano in alcun modo *norme morali*, o abbiano a che fare con la giustizia o la bontà. Norme che attribuiscono diritti, ad esempio, sono quelle certamente ingiuste che hanno formalizzato lo status dei proprietari sui loro schiavi. Allo stesso modo, nonostante si raccomandi di non sottolineare troppo enfaticamente la distinzione tra il diritto com'è e il diritto come dovrebbe essere – per non cadere negli errori del *formalismo* da un lato, e dell'interpretazione *meccanica* delle norme, dall'altro – Hart continua a sostenere, al pari dei suoi maestri utilitaristi, l'esistenza di tale distinzione.

Se Hart afferma che le leggi moralmente riprovevoli restano comunque diritto, egli non sostiene, però, che per questa ragione esse vanno obbedite. Esiste infatti un criterio che va oltre quello della loro validità, un criterio, questo sì morale, che potremmo definire come *una questione di coscienza*, che deve esulare dai discorsi sul diritto. Si può scegliere di resistere e rifiutare di obbedire, ci dice insomma Hart ripercorrendo le orme di Austin, ma bisogna avere il coraggio soggettivo di farlo, sapendo di violare il diritto, senza farsi scudo di una sua arbitraria invalidazione che giustificerebbe oggettivamente un simile gesto: «*Law is not morality; do not let it supplant morality*»¹⁰, ci ammonisce laconicamente il filosofo¹¹.

Senza confrontarsi con il più famoso processo di Norimberga, Hart sceglie a tal proposito di approfondire il caso degli informatori nazisti portati di fronte al giudizio dei tribunali tedeschi alla fine del regime.

⁹ Cfr. HART, H.L.A., *Positivism and the Separation of Law and Moral*, in *Harvard Law Review*, Vol. 71 (1958), p.496.

¹⁰ *Idem*, p. 509.

¹¹ Non è questa la sede in cui possiamo avventurarci nell'appassionante e controversa tematica della disobbedienza civile. Per una approfondimento su questo argomento rimandiamo però a Biondo, F., *Tra diritto e morale. Saggio sulla disobbedienza civile*, Giappichelli, Torino 2008.

Trattandosi di soggetti che avevano commesso delle azioni terribili, ma in conformità con il diritto allora vigente, la domanda fondamentale era se essi dovessero o meno venire giudicati in quanto colpevoli di un reato. Avevano questi individui semplicemente obbedito a delle norme giuridicamente valide? Ovvero: può ritenersi diritto quello nazista che imponeva obblighi così profondamente immorali?

La differenza tra la risposta di Hart e quella di Fuller a questi interrogativi non verrà evidenziata dalla soluzione concreta che entrambi suggeriranno rispetto al condannare o meno gli informatori nazisti: essa infatti sarà sostanzialmente identica. Di fronte a simili casi non si può che invocare una legge retroattiva, asseriscono i due filosofi, per quanto pericoloso possa essere questo *escamotage*. Il vero discrimine tra le loro teorie risiede invece nel modo in cui entrambi arrivano a questa medesima conclusione. Per Hart si tratta di un problema di «franchezza»: bisogna ammettere che quello nazista era diritto ed operare questa forzatura (l'applicazione di una legge retroattiva) perché essa mette in luce le vere radici del conflitto, del «dilemma morale»¹², e lo accetta nella sua complessità senza occultarlo.

E per Fuller?

La sua repentina replica, contenuta nel medesimo numero della rivista in cui si trova l'articolo che veniamo dall'analizzare, è intitolata *Positivism and Fidelity to Law*, e si snoda proprio a partire da quelle che vengono considerate alcune "proficue" titubanze nella teoria giuspositivista di Hart.

La grande innovazione di Hart sarebbe infatti, innanzitutto, quella di avere sottolineato l'importanza dell'ideale della fedeltà al diritto come fine di ogni discussione relativa alla separabilità di diritto e morale. Ma, prima ancora, Hart ha, agli occhi di Fuller, il merito di avere in qualche modo definito il diritto come «*some generale direction of human effort*»¹³, avendogli quindi riconosciuto uno scopo specifico e particolare.

Nonostante ciò, secondo Fuller, Hart sarebbe stato in qualche modo incapace di seguire davvero le conseguenze della sua stessa apertura, evitando di indagare fino in fondo quali siano le caratteristiche specifiche di un diritto per come lui stesso lo ha definito, ovvero di un diritto che richieda, sensatamente, fedeltà alle sue prescrizioni. La teoria di Hart rispetto alla separabilità tra il diritto e la morale, pertanto, pur partendo da una giusta ricerca del modo migliore di preservare *l'integrità del diritto*, risulterebbe in questo modo incompleta proprio a partire dalla definizione

¹² Cfr. ALEXY, R., *Concetto e validità del diritto*, (1992), trad. it. di Fiore, F., Einaudi, Torino 1997, p. 71.

¹³ Cfr. FULLER, L.L., *Positivism and Fidelity to law. A reply to Professor Hart*, in *Harvard Law Review*, Vol. 71 (1958), p. 632.

di cosa sia il diritto stesso. Inoltre, continua Fuller, la stessa incompletezza può essere riscontrata anche a proposito della definizione dell'altro oggetto della loro comune analisi: la morale. Non basta, infatti, secondo Fuller, definire la morale come «*all sorts of extralegal notion about 'what ought to be', regardless of their sources, pretensions, or intrinsic worth*»¹⁴, né è possibile affermare, come fa Hart, l'esistenza di una sorta di *morale immorale*, di un *dover essere* che risponde a criteri che nulla hanno a che fare con la moralità. Le finalità morali possiedono infatti, per Fuller, una propria coerenza e logica che non può essere la stessa di quelle immorali e il diritto, in quanto impresa volta a realizzare l'essenza della natura umana, è un'impresa che non può che avere, nel suo pensiero, una finalità morale.

Fuller compie, a questo punto, il tentativo di allargare le maglie della teoria hartiana a partire dalla definizione delle norme secondarie che Hart aveva introdotto nel suo ragionamento. Come scrive Alexy, il problema decisivo, a proposito di simili norme, è innanzitutto quello dell'accettazione¹⁵. La stessa problematicità di quella che in *The Concept of Law* verrà chiamata norma di riconoscimento aveva già costretto anche un positivista per eccellenza come Kelsen (rispetto a quella che per lui era la *Grundnorm*) ad ammettere che l'idea di un diritto puramente positivo, al pari dell'idea di diritto naturale, ha delle limitazioni¹⁶. La teoria delle norme secondarie dischiude effettivamente una complessità inedita, facendo affiorare nell'analisi del diritto una dimensione interna che è presupposto della legge codificata e, in qualche modo, implicita rispetto ad essa¹⁷. Siamo ancora lontani, però, dal momento in cui Fuller formulerà in maniera compiuta la sua definizione della *implicit law* ed egli, a questo punto della sua polemica con Hart, si limita a sottolineare che, se le norme secondarie derivano il loro potere dal fatto di essere accettate, i criteri di tale accettazione devono allora essere dei criteri di tipo morale. Le norme secondarie sarebbero pertanto norme che hanno in qualche modo un'origine morale, pur venendo applicate come le altre norme giuridiche. Da questa loro particolare caratteristica, Fuller deriva la possibilità di parlare di una vera e propria *fusione*, e non solo di una intersezione, tra diritto e

¹⁴ *Idem*, p. 635.

¹⁵ Cfr. ALEXY, R., *Concetto e validità del diritto*, cit., p. 127.

¹⁶ Proprio relativamente al fatto che la norma fondamentale non può essere una norma del diritto positivo, Alexy scrive anche che Kelsen, infatti, «ebbe dubbi su di essa per tutta la vita». *Idem*, p. 108. Inoltre, paragonando la teoria di Kelsen a quella di Hart, ancora Alexy afferma che Kelsen è in qualche modo superiore perché non nasconde il passaggio dall'essere al dover essere ma lo affronta come tema esplicito. *Idem*, p. 127.

¹⁷ Cfr. POSTEMA, G.J., *Implicit Law*, in *Law and Philosophy*, 13, 1994, p. 361.

morale, secondo un modello che ricorda la teoria di Nino quando, interpretando *il diritto come morale applicata*¹⁸, ne fa risalire l'obbligatorietà alla conformità alla morale, attraverso la tesi della connessione giustificatoria necessaria tra diritto e morale¹⁹.

L'interpretazione che Fuller fornisce della connessione tra diritto e morale ha però una sua particolarità: egli ammette innanzitutto il fatto che aggiungere semplicemente dei limiti contenutistici al potere legislativo, per le caratteristiche di contingenza ad essi inevitabilmente connessi, oltre a non essere necessario, possa effettivamente arrivare a compromettere l'ideale della fedeltà al diritto. In tal modo il filosofo si allontana da tesi più tradizionali, come quella di Radbruch, a sostegno della legge naturale, ma anche da teorie intermedie come quella che verrà sviluppata in seguito dal neocostituzionalismo di Nino, e può introdurre la sua teoria della moralità interna al diritto.

Qualunque forma di diritto è infatti, per Fuller, necessariamente caratterizzata da una doppia moralità: una esterna al diritto, che rende il diritto possibile, che può essere riscontrata nella norma fondamentale di Kelsen o nella norma di riconoscimento di Hart, ed una interna, che deriva invece da un necessario corollario di regole che rendono il diritto un ordine sociale efficace rispetto al suo fine medesimo²⁰. In quest'ultimo senso, quindi, Fuller ritorna implicitamente a quella fusione di mezzo e fine, di valore e fatto, da cui era partito nel 1956. A questo punto, pertanto, egli può introdurre la sua celebre definizione del diritto come «*a matter of degree*²¹», e arrivare ad analizzare il caso degli informatori nazisti, scendendo sul campo di battaglia empirico proposto da Hart per il duello. Per rapportarsi con questo particolare argomento, ritiene Fuller, bisogna innanzitutto analizzare il diritto nazista valutando il grado di rispondenza - di fedeltà - che esso aveva nei confronti di quella moralità interna che ogni diritto, per essere tale, deve necessariamente recare con sé. Le leggi naziste erano molto spesso segrete e non pubbliche, applicate tante volte retroattivamente, e non esisteva una coerenza tra le norme emanate e le azioni compiute da chi deteneva il potere di emanarle. Tali leggi, pertanto, non rispettavano i principi del *rule of law* (gli otto *desiderata* che Fuller descriverà compiutamente qualche anno più tardi), necessari per la definizione di un diritto degno di questo nome.

¹⁸ Cfr. NINO, C.S., *Diritto come morale applicata* (1994), a cura di La Torre, M., Giuffrè, Milano 1999.

¹⁹ Cfr. NINO, C.S., *Breve nota sulla struttura del ragionamento giuridico*, in *Ragion pratica*, 1, 1993.

²⁰ Cfr. FULLER, L.L., *Positivism and Fidelity to Law*, cit., p. 645.

²¹ *Idem*, p. 646.

Hart, ma anche Radbruch in qualche misura, avrebbero allora, secondo Fuller, posto il problema nei termini sbagliati: il caso degli informatori nazisti poteva essere analizzato senza bisogno di dichiarare moralmente indecenti i contenuti delle leggi allora vigenti, come ha fatto Radbruch, ma semplicemente dichiarandole invalide per la loro mancata fedeltà alla moralità interna del diritto, a quelle regole formali che sono uno strumento ma anche un fine in sé. Non sussisterebbe pertanto il conflitto, sottolineato da Hart, tra l'obbligo di obbedire ad una legge valida ma assolutamente riprovevole, e l'obbligo morale di resistere e disobbedirle.

2.2. *La II fase: le prime edizioni dei due testi fondamentali di Hart e Fuller*

2.2.1. *Hart e "Il concetto di diritto"*

Il concetto di diritto di Hart, pur riprendendo la teoria giuspositivista della separazione tra diritto e morale, apre ulteriori possibilità di incontro con le teorie giusnaturalistiche. La preoccupazione principale da cui origina questo testo è quella di dare una definizione di diritto, di rispondere alla domanda «che cos'è il diritto?»²², e di farlo costruendo una teoria capace di affrontare uno dei nodi fondamentali di qualunque concezione del diritto stesso: l'obbligo giuridico.

Per affrontare una questione così basilare, Hart, proprio in quanto giuspositivista, sente innanzitutto il bisogno di ribadire la propria distanza dalle teorie giuspositivistiche che definiscono il diritto solo nei termini di obbligo e sanzioni, cui è intrinsecamente connesso il difetto insormontabile di «rendere oscuro lo specifico carattere del diritto come strumento di controllo sociale»²³.

Se, per controbattere alla teoria sanzionatoria del diritto, egli aveva introdotto la sua definizione delle norme secondarie, per criticare la teoria della sovranità illimitata approfondisce invece l'importanza dell'aspetto interno delle norme giuridiche. «Il punto di vista interno» del diritto viene definito come «un atteggiamento critico riflessivo nei confronti di certi modelli di comportamento intesi come criteri comuni di condotta», atteggiamento che deve manifestarsi «nella critica (compresa l'autocritica), nelle richieste di conformità, e nel riconoscimento che simili critiche e richieste sono giustificate»²⁴.

²² Cfr. HART, H.L.A., *Il concetto di diritto*, cit. p. 6.

²³ *Idem*, p. 48. A riprova dell'inadeguatezza della teoria sanzionatoria del diritto, Hart sottolinea anche il fatto che alcune norme giuridiche trovano origine dalla consuetudine, invece che derivare da un atto giuridico del legislatore. *Idem*, pp. 55 ss.

²⁴ *Idem*, p. 69. Per un approfondimento sul punto di vista interno ed una critica alla teoria di Hart cfr. anche ALEXY, *Concetto e validità del diritto*, cit., pp. 22 ss.

Proprio a partire da tale atteggiamento, Hart torna quindi a ragionare intorno alla validità della norma di riconoscimento. Solo chi si pone dal punto di vista interno, infatti, può secondo lui cogliere «un'intera dimensione della vita sociale»²⁵ che sfugge invece a un osservatore esterno, ovvero il «modo in cui le norme operano in qualità di norme regolanti la vita di coloro che costituiscono normalmente la maggioranza della società»²⁶.

Dalla concezione hartiana della norma di riconoscimento deriva così la constatazione che l'esistenza di un ordinamento giuridico risiede anche e soprattutto in una forma di «accettazione», da parte dei funzionari dell'ordinamento, delle norme di riconoscimento (e di quelle di mutamento e giudizio), come «criteri comuni e pubblici del comportamento ufficiale»²⁷.

Abbiamo già sottolineato le difficoltà che l'assunzione di un punto di vista interno, della questione dell'accettazione delle norme e del nucleo di penombra insito in esse, determinano rispetto alla tesi positivista della separazione tra *il diritto com'è* e *il diritto come dovrebbe essere*. Forse, è anche per questa ragione che Hart dedica i capitoli successivi, l'VIII e il IX, proprio alla relazione tra diritto e morale, analizzata a partire dallo studio del fondamentale concetto di giustizia giuridica. La teoria cui principalmente Hart intende opporsi è quella legata alla tradizione tomistica del diritto naturale, la cui affermazione sostanziale si traduce nel motto «*lex iniusta non est lex*»²⁸. Avventurandosi su questo terreno, il filosofo ammette però che la giustizia, «la più pubblica e la più giuridica delle virtù»²⁹, concerne effettivamente tanto alla morale quanto al diritto, seppure in misure, forme e modalità differenti a seconda dei due contesti. Il diritto e la giustizia avrebbero infatti degli elementi in comune soprattutto da un punto di vista formale per quanto riguarda, ad esempio, il principio della generalità. Come ha notato Waldron, Hart sembrerebbe qui andare oltre la concezione del principio *tratta i casi uguali in maniera uguale*, enunciato altrove come una semplice questione di praticabilità del diritto,

²⁵ *Idem*, p. 107.

²⁶ *Idem*, p. 108. Importante è anche la critica che Hart rivolge al formalismo giuridico ribadendo la definizione della *struttura aperta* che caratterizza determinati casi complessi su cui il diritto è chiamato ad intervenire: non si può nascondere o minimizzare il fatto che di fronte ad alcune particolari decisioni non si possa fare riferimento esclusivamente al diritto positivizzato ma si debba invece compiere una scelta «tra interessi in conflitto che variano di importanza di caso in caso». Ad ogni modo, però, si affretta a sottolineare, la vita del diritto rimane in gran parte costituita da norme determinate: le sue precedenti affermazioni non avallano quindi in nulla una concezione scettica del diritto e dell'interpretazione giuridica.

²⁷ *Idem*, p. 137.

²⁸ *Idem*, p. 183.

²⁹ *Idem*, p. 196.

e attribuirebbe invece un contenuto sostanziale a questo criterio formale³⁰. Ad ogni modo, ammettere che, anche in base alla comunanza del concetto di giustizia nel diritto e nella morale, «in tutte le comunità vi è una parziale sovrapposizione di contenuto tra obblighi giuridici e morali», non significa affermare che esista una necessaria connessione tra il diritto e la morale in quanto tali³¹.

Hart concede comunque, pienamente, che le indicazioni del giusnaturalismo siano in realtà importanti per avanzare nella comprensione tanto del diritto quanto della morale, ma a patto di liberarle dalla loro struttura metafisica e teleologica³². Certamente però, aggiunge ancora, non è possibile escludere del tutto il concetto di scopo (quel concetto che nel dibattito tra lui e Fuller è così importante) dal ragionamento giuridico: «ci occupiamo infatti delle istituzioni sociali volte alla continuazione dell'esistenza, non di quelle di un club di suicidi»³³.

Da qui la definizione del «contenuto minimo del diritto naturale», una porzione minima di sovrapposizione, quindi, tra diritto e morale, senza il quale né il diritto né la morale potrebbero «favorire quello scopo minimo di sopravvivenza che gli uomini hanno in vista quando si associano tra loro»³⁴. La sanzione, ad esempio, è definibile da questo punto di vista come una necessità naturale.

La relazione tra diritto e morale che discende da questa contingente condizione umana però, appare ad ogni modo come una necessità fattuale, e non concettuale, nel senso esplicitato da Fùßer nella sua analisi di questa parte del pensiero di Hart: «*the law complies with morality, then it does so only contingently because of certain factual circumstances, but not for intrinsic reasons – that is, not 'conceptually'*»³⁵.

Nonostante ammetta come non sia possibile, quindi, affermare semplicemente

³⁰ Cfr. WALDRON, J., *The Concept and the Rule of Law in Georgia Law Review, Forthcoming*, NYU School of Law, Public Law research Paper No. 08-50, available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1273005>.

³¹ Le norme morali, ad esempio, si distinguono secondo lui da quelle giuridiche per alcuni fondamentali criteri formali: il tipo di importanza attribuito loro, l'immunità da mutamenti deliberati, la volontarietà della violazione di questo tipo di norme di contro alla possibile responsabilità oggettiva nella violazione di quelle giuridiche e, infine, le forme in cui si manifesta la pressione morale, diverse da quelle proprie della pressione giuridica.

³² Cfr. HART, H.L.A., *Il concetto di diritto*, cit., pp. 218-220.

³³ *Idem*, p. 224.

³⁴ *Idem*, p. 225.

³⁵ Cfr. FÜßER, K., *Farewell to 'Legal Positivism': The Separation Thesis Unravelling*, In GEORGE, R.P., *The Autonomy of Law; Essays on Legal Positivism*, Clarendon Press, Oxford 1996, p. 126.

che il diritto può avere qualunque contenuto, Hart ribadisce così, ulteriormente, la sua distanza dalla tesi giusnaturalistica della connessione intrinsecamente e concettualmente necessaria tra diritto e morale. Le leggi ingiuste rimangono infatti leggi, ed è possibile considerare giuridici degli ordinamenti che appaiono apertamente in contrasto con la morale comune³⁶, poiché lo scopo della sopravvivenza che determina il necessario contenuto minimo morale del diritto può riferirsi anche solo a parti della società, e non a tutti i gruppi che la compongono³⁷. La stessa legge, infatti, organizzata in ordinamento giuridico all'interno delle società complesse, può legittimare, secondo Hart, le maggiori oppressioni (come è accaduto con la schiavitù, il regime, nazista, o l'*apartheid* sudafricano). Di fronte a questo pericolo, si potrebbe allora essere tentati di «ristaurare una connessione tra diritto e morale che superi il contenuto minimo»³⁸, ed è a questo punto che Hart descrive e critica le sei tesi principali in cui una simile proposta può manifestarsi. Tralasciando le altre, tra le quali figura quella dell'influenza della morale sul diritto che Hart per primo accetta, è importante sottolineare come al quinto posto egli citi indirettamente la tesi fulleriana della moralità interna del diritto. Anche quando la condotta umana venga controllata da «norme generali comunicate pubblicamente e applicate giudiziariamente», scrive infatti, lo stretto principio di legalità che ne consegue «è purtroppo compatibile con una grande iniquità»³⁹. Entrando nel vivo del dibattito sulle leggi moralmente inique, egli sostiene così che rifiutare ad esse lo statuto di norme giuridiche valide provocherebbe solo confusione, nonostante tale modalità possa risultare «allettante quando si deve giudicare in maniera retroattiva comportamenti spregiudicati»⁴⁰. La sua principale preoccupazione è infatti quale sia il modo migliore per produrre un «rafforzamento della resistenza al male», e il suo maggior timore è che, secondo quella che Alexy definisce «l'obiezione della legittimazione acritica»⁴¹, sostenendo una concezione di diritto che non consideri valide le leggi inique, si possa occultare «la comprensione di ciò che è moralmente in gioco quando si richiede obbedienza»⁴².

³⁶ Commentando le implicazioni del contenuto minimo del diritto naturale definito da Hart, Celano rinviene però, in questa parte del pensiero di Hart, uno dei due aspetti (l'altro è quello relativo ai principi di legalità e giustizia) dai quali si evince una sorta di legame non esplicitato tra il concetto di diritto hartiano e il giusnaturalismo trascendentale che consiste nel riconoscimento di «connessioni necessarie, olistiche, di carattere sostanziale, fra diritto e morale». Su questo punto torneremo nelle conclusioni. Cfr. CELANO, B., *Giusnaturalismo, positivismo giuridico e pluralismo etico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 35, 2005, n.1., p. 165.

³⁷ Cfr. HART, H.L.A., *Il concetto di diritto*, cit., p. 234.

³⁸ *Idem*, p. 235.

³⁹ *Idem*, p. 241.

⁴⁰ *Idem*, p. 242.

⁴¹ Cfr. ALEXY, R., *Concetto e validità del diritto*, cit., p. 47.

⁴² *Ibidem*.

Nel caso dell'applicazione di leggi retroattive, al fine di poter condannare comportamenti moralmente spregevoli ma giuridicamente legittimi secondo l'ordinamento giuridico vigente nel momento in cui furono posti in essere, ne consegue che la violazione eccezionale al principio di non retroattività dovrebbe quindi essere spiegata e compresa proprio alla luce della sua eccezionalità, dichiarando apertamente come si stia sacrificando un principio giuridico fondamentale in nome di un interesse morale che nello specifico risulta con esso in conflitto⁴³.

Da questa breve analisi de *Il concetto di diritto*⁴⁴, emerge tutta la forza delle tesi hartiane, ma appare altresì evidente come Hart non affronti alle sue radici, pur criticandola, la teoria della moralità interna al diritto sostenuta da Fuller. Eppure, la definizione che egli dà del contenuto minimo del diritto naturale, l'ammissione della necessità di alcune regole violando le quali il diritto non può definirsi come tale, dovrebbero andare in una direzione non così distante da quella delineata dall'autore di *The Morality of Law*⁴⁵.

⁴³ Torneremo in seguito sull'ambiguità intrinseca in questa valutazione hartiana della deroga al principio di non retroattività. Per il momento si noti come, su questo controverso argomento, Marmor abbia scritto che, quando si considera il principio di non retroattività e i casi in cui esso può venire sacrificato, occorre distinguere tra «*relatively just legal system*», in cui «*people are morally entitled to assume that behavior which is not prohibited by law will not become prohibited retroactively*», e «*legal systems*» che sono «*profoundly corrupt*», come il regime nazista o il Sudafrica nel periodo dell'apartheid. In questi ultimi casi, evidentemente, «*the law does not purport to guide conduct retroactively; that cannot be done*», ma «*the retroactive criminalization of such wrongful conduct is aimed at punishment alone*». Cfr. MARMOR, A., *The rule of law and its limits*, in *Law and Philosophy* 23, 2004, p. 20.

⁴⁴ Tralasciamo di prendere in considerazione dettagliatamente il X ed ultimo capitolo, dedicato al diritto internazionale, della prima edizione de *Il concetto di diritto*. Ci limitiamo a sottolineare come l'analisi di quello che nel 1961 era questo tipo particolare di diritto, individuato da Hart come un ordinamento in qualche modo primitivo perché basato solamente su norme primarie, serva al filosofo per ribadire ancora una volta la distanza tra diritto e morale: pur mancando di alcune delle caratteristiche fondamentali del diritto complesso degli Stati nazionali, il diritto internazionale analizzato da Hart merita infatti, secondo lui, l'appellativo di diritto, anche solo per la possibilità che esso venga costantemente modificato dal legislatore umano, cosa che, per il concetto di morale, sarebbe certamente ripugnante. Cfr. HART, H.L.A., *Il concetto di diritto*, cit., p. 267.

⁴⁵ Scrive ad esempio Biondo che «certamente tra l'idea di Hart del contenuto minimo del diritto naturale e l'idea di Fuller della moralità interna al diritto vi sono differenze rilevanti; tuttavia, a noi basta notare come la separazione tra diritto e morale non sia più interpretabile nei termini di una distinzione tra campi normativi considerati come 'insulari'. Anche il diritto, non essendo più ridotto ad un semplice insieme di ordini del sovrano sostenuti da sanzione, sembra avere alcune norme dallo status ambiguo, uno

2.2.2. Fuller e “La moralità del diritto”

The Morality of Law, pubblicato per la prima volta nel 1964, appare in molte sue parti come una vera e propria replica a *The Concept of Law* di Hart. Iniziamo qui a considerare quella che certamente è la pagina più conosciuta e citata di Fuller, ovvero la sua allegoria di *Rex*, il sovrano che, mancando di adempiere agli otto specifici *desiderata*. *Rex*, infatti, non si attiene al principio di generalità delle norme, non le promulga in maniera che siano pubblicamente rese note, abusa della legislazione retroattiva, emana leggi poco comprensibili, o in contraddizione tra loro, o che richiedono obblighi cui è impossibile attenersi, modifica così frequentemente le norme emanate che chi dovrebbe seguirle non riesce a orientare le proprie azioni in base ad esse e, infine, non fa in modo che le azioni ufficiali siano congruenti rispetto alle leggi dichiarate. Fallendo in tutte queste otto direzioni, sostiene Fuller, *Rex* non è riuscito a creare nulla che possa propriamente essere chiamato un sistema giuridico. Esiste, infatti, una indispensabile dimensione di reciprocità (che fa parte integrante della morale dell'obbligo, per come Fuller la intende) tra chi emana la legge e chi è tenuto a rispettarla. Una volta che il patto di reciprocità viene infranto, non rimane più alcuna ragione sufficiente che spinga i cittadini a osservare le regole: «*The fullerian rule of law framework*» è stato scritto, «*thus provides a new perspective on why certain immoral behaviors are damaging, not only to the individuals concerned, but to the fabric of trust and reciprocity that underlines healthy political relationships*»⁴⁶.

È evidente come, nella realtà, sia praticamente impossibile che gli otto *desiderata* del diritto vengano radicalmente violati tutti insieme da un sistema di governo. Ed è per questo, ammette Fuller, che spesso si ha difficoltà, come è avvenuto rispetto al regime nazista, nel valutare fino a che punto bisogna sentirsi obbligati a seguire quella parte del diritto che resta definibile come tale, pur in mezzo a un'infinita serie di aberrazioni. Che il diritto sia una questione di grado, Fuller aveva cominciato ad affermarlo già dai primi saggi che abbiamo preso in considerazione.

Il perfetto adempimento degli otto *desiderata* è uno standard di eccellenza, un'utopia, ed è largamente riferibile alla «*morality of aspiration*»⁴⁷.

status che sfugge alla separazione tra ordinamenti morali e ordinamenti giuridici». Cfr. BIONDO, F., *Tra diritto e morale*, cit., p. 19.

⁴⁶ Cfr. MURPHY, C., *Lon Fuller and the moral value of the rule of law*, in *Law and Philosophy* 24, 2005, p. 245

⁴⁷ Cfr. FULLER, L.L., *The Morality of Law*, Yale University, 1964, pp. 5 ss. Si potrebbe notare un certo collegamento con la tesi elaborata da Raz, quando descrive il *rule of law* come «*a political ideal*», e come «*a virtue*» del sistema giuridico, ma vedremo a

Di conseguenza, afferma Fuller, la moralità interna al diritto comporta certamente la moralità del dovere, ma soprattutto quella dell'aspirazione (e le sue esigenze, infatti, non sono legate solo al rispetto di determinati divieti, ma anche e soprattutto all'adempimento di criteri positivi). In ogni caso, essendo il diritto un'impresa umana e, in quanto tale, complessa e non lineare, nell'utopia della legalità non può che rientrare anche il principio del bilanciamento. Sarà anzi in alcuni casi necessario derogare da uno o più dei *desiderata* del diritto, senza per questo infrangere il principio della fedeltà al diritto stesso⁴⁸.

Stabiliti questi presupposti fondamentali, Fuller intitola il terzo capitolo del suo libro con una citazione provocatoria che Hart non potrà fare a meno di notare⁴⁹: *The Concept of Law*. Esso prende spunto da una domanda specifica: gli otto *desiderata* del diritto rappresentano in qualche modo le caratteristiche di un diritto definibile come diritto naturale⁵⁰? La risposta, per Fuller, non può che essere affermativa. Quella che egli sta costruendo, però, è una versione della legge naturale procedurale e non sostanziale, ovvero determinata da regole formali che vanno seguite necessariamente al fine di perseguire l'ideale della fedeltà al diritto e garantire l'efficacia di quest'ultimo⁵¹.

Fuller passa così in rassegna alcune tra le principali teorie che hanno invece sostenuto posizioni in qualche modo distanti dalle sue: la teoria predittiva del diritto di Holmes la definizione di Friedman secondo la quale il *rule of law* coinciderebbe semplicemente con l'ordine pubblico⁵², le teorie che individuano nell'uso della forza la caratteristica distintiva del diritto e, infine, quelle (sostenute da Hobbes, ad Austin, a Kelsen, a Dicey) che la individuano nell'autorità⁵³.

Il principale difetto che le accomunerebbe tutte è di concepire il diritto come fosse una materia inerte, che semplicemente esiste o non esiste, invece che come un'impresa volta a un fine⁵⁴, e quindi soggetta a diversi gradi di successo o fallimento. È proprio partendo da questo presupposto

breve quanto i due filosofi divergano nella considerazione del ruolo della morale all'interno della definizione di un *rule of law* che solo superficialmente sembrano qui definire in maniera simile. Cfr. RAZ, J., *The rule of law and its virtue*, in *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Clarendon Press, Oxford 1979, p. 210.

⁴⁸ *Idem*, p. 45.

⁴⁹ HART, H.L.A., Recensione a *The Morality of law*, cit., p. 1291.

⁵⁰ Cfr. FULLER, L.L., *The morality of Law*, cit., p. 96.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² *Idem*, p. 107.

⁵³ *Idem*, p. 110.

⁵⁴ *Idem*, p. 106.

sbagliato, pertanto, che alcuni hanno ritenuto di poter valutare in astratto le leggi naziste, a prescindere dai loro scopi.

L'incapacità di vedere la natura della connessione tra diritto e morale deriverebbe infatti dalla volontà a tutti i costi di voler definire nettamente ciò che invece non può avere confini lineari⁵⁵. La realtà è composta da sfumature di grigio, avverte Fuller, e non da bianchi e neri rigidamente distinti⁵⁶.

Anche il concetto di diritto di Hart escluderebbe sistematicamente tutti i problemi fino a questo momento analizzati, tralasciando completamente di prendere in considerazione la dimensione interna della moralità del diritto. Eppure, torna a dire Fuller, il suo ragionamento rivela delle incongruenze proprio dal punto di vista della relazione tra diritto e morale: se un sistema giuridico, come ha affermato Hart a proposito dei criteri di validità della regola di riconoscimento, è efficace quando affonda la sua legittimità in una sensazione condivisa di giustizia che porta alla sua accettazione, questo insieme complesso di aspettative tacite e di accettazioni non può essere espresso nei semplici termini degli obblighi e delle capacità. Se così fosse, infatti, Hart dovrebbe ammettere che la sua teoria si discosta poco da quelle che identificano il diritto con la coercizione. In questo caso, il limite della teoria di Hart sarebbe quindi quello di non introdurre, rispetto all'obbligo giuridico, l'unico presupposto a partire dal quale è possibile individuare una reale differenza tra un sistema giuridico e *la situazione del bandito*: la particolare relazione di reciprocità esistente tra chi emana la legge e chi deve seguirla. Ci sono delle questioni legate al diritto cui è infatti impossibile fornire risposte meramente giuridiche, senza considerare che si tratta anche di fatti sociali.

Lo scopo del diritto di cui parla Fuller appare quindi, per usare le sue stesse parole, «*a modest and sober one*»⁵⁷, in quanto consiste semplicemente nel sottomettere la condotta umana alla guida e al controllo di regole generali. Se si nega anche questo basilare e semplice principio, a suo parere, si è costretti a rinunciare a qualunque standard che possa definire cosa sia la legalità.

Delineata così la sua teoria della moralità interna del diritto, Fuller si concentra, nel IV capitolo, sulla relazione tra le caratteristiche formali e gli scopi sostanziali di questo tipo di morale, toccando in tal modo quello che abbiamo considerato il secondo livello della questione fondamentale da noi individuata: il rapporto tra la giustizia e il *rule of law*. Seppure la sua visione finalistica del diritto non chiami direttamente in causa i contenuti sostanziali della leggi, egli non ritiene affatto che il diritto stesso possa divenire strumento atto a perseguire qualunque tipo di scopo, anche il più immorale: non è ad esempio possibile,

⁵⁵ Cfr., a questo proposito, FÜBER, K., *Farewell to "Legal Positivism": The Separation Thesis Unravelling*, cit., p. 124 .

⁵⁶ Cfr. FULLER, L.L., *The morality of Law*, cit., p. 131.

⁵⁷ *Idem*, p. 146.

affrontando il caso degli informatori nazisti, non considerare il grave deterioramento del *rule of law* sotto quel regime, quando si debba decidere circa la validità del diritto allora vigente.

Le argomentazioni di Fuller appaiono però meno elaborate quando egli affronta altri casi particolari come quello dell'*apartheid* sudafricano, chiamato in causa da Hart. A questo proposito Fuller si limita a rispondere che, in situazioni simili, ciò che viene rispettato non è la fedeltà al diritto ma piuttosto la deferenza per l'autorità costituita. La morale giuridica, infatti, seppur neutrale rispetto a svariate questioni etiche, non può esserlo «*in its view of man itself*»⁵⁸: se è vero che la morale interna del diritto, pur essendo presupposto necessario della giustizia, non ne è una condizione sufficiente, è anche vero che questa stessa morale viene sistematicamente violata quando si cerca di perseguire scopi malvagi attraverso l'uso delle regole giuridiche. Infine, questa specifica morale comporta una visione della natura umana che è indispensabile tanto per il diritto quanto per la stessa morale.

Sono qui in gioco le due visioni differenti che Hart e Fuller hanno della natura umana. Che la sopravvivenza sia la condizione necessaria per ogni realizzazione dell'uomo è una cosa che Fuller evidentemente condivide. Ciò che non può accettare delle convinzioni di Hart è, invece, che tale scopo costituisca, a qualsiasi costo, l'unico elemento al partire dal quale si possa sensatamente parlare di diritto naturale. Per Fuller, infatti, l'obiettivo principale delle aspirazioni umane è piuttosto quello che lui definisce la comunicazione, «*communication*»⁵⁹, che è qualcosa di diverso dal semplice mantenersi in vita. È a questo punto, alla fine del suo libro più importante, che Fuller esplicita appassionatamente il principio fondamentale del diritto naturale per come lui la intende, quello che ha guidato intermente, fin dall'inizio, il suo pensiero filosofico: «*open up, maintain and preserve the integrity of the channels of communication by which men convey to one another what they perceive, feel, and desire*»⁶⁰.

2.3. La terza fase: La recensione di Hart e la replica di Fuller. Prime considerazioni sul rapporto tra diritto e morale

Immediatamente dopo la pubblicazione del libro di Fuller, Hart elabora una lunga recensione di *The Morality of Law*, che viene pubblicata nello stesso anno.

Molte sono le critiche qui mosse a Fuller, ma soprattutto vengono attaccati i capitoli del suo libro relativi alla relazione tra diritto e dovere, e

⁵⁸ *Idem*, p. 160.

⁵⁹ *Idem*, p. 185.

⁶⁰ *Idem*, p. 186.

alla moralità interna del diritto. Hart non contesta la definizione fulleriana degli otto *desiderata* come caratteristiche implicite del diritto: il disaccordo risiede invece, interamente, nella definizione del principio di legalità come una questione morale.

A questo punto viene delineandosi con maggiore nettezza la distinzione tra i due livelli differenti della questione che abbiamo definito come fondamentale in apertura di questo scritto. La domanda cruciale è la seguente: anche una volta data per assodata l'esistenza di determinati principi formali che necessariamente, almeno ad un certo grado, caratterizzano il diritto, è possibile affermare che tali caratteristiche rappresentino una forma di morale e siano inevitabilmente connesse con la giustizia delle leggi?

Secondo Hart, confondere i principi formali del diritto con la morale è un grave errore. Quando Fuller sostiene che il regime nazista ha violato gran parte dei requisiti del *rule of law* questo è innegabile. Ma il fatto che spesso i regimi più ingiusti abbiano emanato leggi ambigue e segrete sarebbe un problema legato a questioni di forza politica e di bisogno di popolarità, e non necessariamente connesso con i principi di legalità o con la debolezza dei fini⁶¹. Egli ritiene, inoltre, che per sostenere una connessione necessaria tra diritto e morale non basti, come fa Fuller, dichiarare che il diritto è un'impresa che ha uno scopo ben preciso. Un'azione finalizzata, infatti, può per Hart non avere nulla di morale, come dimostra secondo lui il caso dell'avvelenatore che può perfettamente riuscire nel suo intento, applicando precisi principi formali e procedurali pur compiendo un'azione altamente immorale⁶². Di conseguenza, anche la morale del dovere e la morale dell'aspirazione devono restare distinte tra loro, a meno che un esplicito scopo morale non venga definito aprioristicamente quando si impongono dei doveri, cosa che potrebbe anche non avvenire, come storicamente, moltissime volte, non è avvenuta.

Definire diritto anche la più iniqua raccolta di leggi, Hart lo ha già esplicitato altrove, non significa però professare un obbligo assoluto di obbedienza ad esse. In questo senso, egli rimprovera a Fuller di imputare ingiustamente ai positivisti l'affermazione del dovere morale di obbedire alle leggi immorali. Anche nel caso degli informatori nazisti, e più in

⁶¹ Cfr. HART, H.L.A., Recensione a *The Morality of Law*, cit., p. 1288.

⁶² Una possibile risposta a questa obiezione di Hart a Fuller potrebbe essere trovata nelle parole di Viola quando scrive che «la virtù è una qualità acquisita che si esercita all'interno di pratiche e riguarda un'attività regolata e diretta all'acquisizione di *beni interni*. Un abile truffatore non è moralmente virtuoso, in quanto l'eccellenza nella sua competenza è esercitata in vista di beni esterni a quelli della pratica nella quale è abile». Cfr. Viola, *Il diritto come pratica sociale*, cit., p. 172.

generale dei cittadini tedeschi che hanno conformato la propria condotta a leggi ingiuste, tutt'al più, ciò che i positivisti affermano è che questi fossero legalmente autorizzati a comportarsi in tal modo. Sostenere la validità giuridica delle leggi naziste, torna a sostenere Hart, dal suo punto di vista significa soltanto che il fatto di obbedire o meno ad esse, e il fatto di condannare chi abbia obbedito ad esse, è un dilemma interamente morale e non giuridico.

Per quanto riguarda le critiche mosse da Fuller in relazione ai criteri di validità della norma di riconoscimento, Hart non sembra prenderle troppo sul serio e ribadisce, semplicemente, la complessità di tale norma e la sua struttura aperta, aggirando in qualche modo l'accusa fulleriana di dare risposte giuridiche a cose che sono invece legate a fenomeni sociologici, come il fatto che ogni riconoscimento dell'autorità giuridica contenga implicitamente delle limitazioni morali. La nozione di scopo, conclude Hart, ha fatto scrivere a Fuller le sue migliori e le sue peggiori pagine, lo ha ispirato e lo ha al contempo reso cieco, come solo le passioni fanno⁶³.

Proprio a partire dal suo concetto di scopo, Fuller costruisce la sua *Reply to critics* del 1969, che si rivolge, come è facile immaginare, soprattutto ad Hart e alla sua recensione. Una simile replica, nelle parole dello stesso filosofo, non può che costituire anche una continuazione del suo dibattito con Hart, arrivato ormai al quinto *round*.

Ammesso e non concesso che le sue tesi siano state eccessivamente condizionato dalla propria passione per l'idea di scopo, scrive Fuller, è però possibile che Hart, come hanno tipicamente fatto i positivisti, abbia invece rifiutato questo concetto e le sue implicazioni in modo irrazionale⁶⁴.

Principale obiettivo critico di questa replica è infatti *the analytical legal positivism*, teoria entro la quale Fuller ascrive in primo luogo Austin, Hart e Kelsen. Questi positivisti, innanzitutto, rifiuterebbero a torto di rintracciare nel *sistema diritto* la sua dimensione sociale (*social dimension*), non considerando tutti quegli elementi di interazione che creano e danno significato al diritto. Se facessero diversamente, del resto, essi sarebbero costretti a rivedere i principi basilari del loro credo⁶⁵.

Fuller torna poi a distinguere i due livelli della questione fondamentale riguardante il *rule of law*, e le conseguenze che la sua definizione comporta nella descrizione del diritto e del suo rapporto con la morale. Egli riscontra infatti, da parte tanto di Hart, che di Dworkin, Cohen e Summers, (filosofi tutti accomunati dall'aver aspramente criticato il suo

⁶³ Cfr. HART, H.L.A., Recensione a *The Morality of Law*, cit., p. 1296.

⁶⁴ Cfr. FULLER, L.L., *The Morality of Law*, cit., p. 190.

⁶⁵ *Idem*, p. 195.

The Morality of Law) una generale disponibilità ad accogliere i suoi canoni, gli otto *desiderata*, come condizioni necessarie per la definizione di un sistema giuridico. Tutti e quattro i filosofi, inoltre, si discostano dalla teoria kelseniana che identifica Stato e diritto, al di là di qualunque caratteristica possano avere le leggi emanate dallo Stato. È quindi il passo successivo, il secondo livello della questione che abbiamo evidenziato, quello rispetto al quale emergono invece le differenze più inconciliabili: una volta stabilito ciò che Hart ha definito un rispetto minimo dei principi di legalità, tale rispetto conduce ad instaurare una relazione necessaria tra la legge e la giustizia? Prima di rispondere nel merito, Fuller sceglie di dedicare qualche parola all'intervento che Dworkin ha elaborato nel 1965, in risposta a *The Morality of Law*, e che è nella sostanza ancora più spietato della recensione che Hart aveva fatto dello stesso libro: Dworkin definisce senza mezzi termini l'opera di Fuller come un tentativo fallito di stabilire «*A novel claim about law and morality*»⁶⁶, e rimprovera a Fuller di aver attribuito ai suoi otto *desiderata* una dimensione morale, mentre essi avrebbero in realtà una natura puramente strategica. È soprattutto, infatti, la stessa definizione della moralità interna del diritto che i critici hanno trovato inaccettabile, ed è in difesa di questa che Fuller scrive la parte più estesa e importante della sua replica. Come Dworkin, anche Raz, nel suo saggio *The Rule of Law and its Virtue*, ha accettato l'esistenza di principi propri del diritto cui esso deve in qualche misura adeguarsi per essere tale, ma li ha considerati semplicemente degli strumenti volti piuttosto all'efficacia, la cui virtù è in realtà "un coltello affilato"⁶⁷ che può essere usato per scopi molto diversi tra loro.

Per Fuller, il rifiuto così assoluto che i suoi critici rivolgono alla morale interna del diritto trova origine nei due assunti positivisti dell'indifferenza morale circa l'esistenza o la non esistenza del diritto, e del diritto come proiezione a senso unico dell'autorità di governo. Rispetto al primo assunto, la grave mancanza consisterebbe nel non riconoscere fino a che punto le regole giuridiche abbiano un ruolo fondamentale nella realizzazione della morale nei comportamenti umani.

Questo appunto potrebbe apparire forse poco centrato rispetto al suo discorso di base che era quello inerente alla relazione tra i principi di legalità e la morale in essi contenuta e, più in generale, tra l'efficacia di un'azione e la sua bontà. Qui Fuller cambia effettivamente strategia di difesa rispetto a quanto aveva scritto, a tale proposito, nell'articolo del

⁶⁶ Cfr. DWORKIN, R., *Philosophy, Morality and Law – Observations Prompted by Professor Fuller's Novel Claim*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 113, 1965, p. 668.

⁶⁷ Cfr. RAZ, J., *The Rule of Law and its Virtue*, cit., p. 225.

1956. In quelle pagine, come anche nel suo articolo del 1958, la definizione dei principi di legalità come moralità interna del diritto trovava infatti forza nella particolare descrizione che Fuller faceva della relazione di interazione tra mezzi e fini propria dell'azione umana. In questa replica ai critici scritta anni dopo, invece, il filosofo adduce a sostegno della sua tesi, ribaltando in qualche modo l'ordine degli elementi, il legame che egli considera implicito e quasi di dipendenza tra il comportamento morale e l'esistenza del diritto. È probabile che Fuller approfondisca qui troppo poco queste nuove implicazioni che entrano a far parte della sua teoria sulla connessione tra diritto e morale, e il ragionamento che egli si limita ad abbozzare in questo punto potrebbe forse trovare maggiore chiarimento attraverso le parole di Viola quando scrive:

«che un sistema politico-giuridico nell'insieme delle sue norme rispetti determinate condizioni formali e procedurali, che esso funzioni bene e possibilmente sia in buona salute sono componenti necessarie, anche se non sufficienti, dell'obiettivo di una società giusta intesa come traguardo ideale»⁶⁸.

La giustizia giuridica sarebbe pertanto, per Viola ma potremmo dire anche per Fuller, «una condizione necessaria (anche se non sufficiente) nella ricerca del valore morale della giustizia inteso nella sua pienezza di significato (...)». Di conseguenza, «è la morale ad avere bisogno del diritto ben più di quanto questo abbia bisogno della morale»⁶⁹. Un simile ragionamento è senza dubbio interessante e ha conseguenze molto importanti sull'analisi dei rapporti tra diritto e morale, ma è da stabilire quanto esso sia utile alla specifica esigenza di Fuller di giustificare perché l'aderenza a determinati criteri formali costituirebbe la morale interna al diritto.

Rispetto a quello che Fuller ritiene essere il secondo assunto da cui trae origine il rifiuto della moralità interna del diritto da parte dei suoi critici - la concezione del diritto come proiezione univoca dell'autorità - egli fa un interessante paragone tra la direzione manageriale e il diritto. Nel primo caso i subordinati applicano le direttive, nel secondo i cittadini seguono la legge nel proprio interesse che è anche quello della società nel suo complesso⁷⁰. Il diritto non è solo un problema di dirigere efficacemente altre persone nell'eseguire ordini emanati da un superiore, ma è

⁶⁸ Cfr. VIOLA, F., *Il Rule of Law e il concetto di diritto*, in *Ragion Pratica*, 1, 2008, p. 164.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ Cfr. FULLER, L.L., *The Morality of Law*, cit., p. 207.

soprattutto questione di mantenere l'integrità del sistema all'interno del quale interagiscono i cittadini⁷¹.

Identificare invece un sistema giuridico con un ordine di tipo manageriale porta a non considerare la dimensione sociale del diritto, all'interno della quale rientrano tutte quelle responsabilità, quei dilemmi, quelle tentazioni cui si trovano di fronte coloro che devono creare e amministrare il diritto⁷². A questo punto, Fuller critica direttamente la descrizione che Hart fa dei principi del *rule of law*, come quello della generalità, soltanto in termini di efficacia. Secondo Fuller, infatti, il motivo per cui le leggi sono generali non può essere semplicemente l'impossibilità di emanare norme *ad hoc* per ogni singolo cittadino, ma risiede piuttosto nelle aspettative che il cittadino stesso ha nei confronti del legislatore. Allo stesso modo, quella che Hart descrive come una semplice affinità tra l'ideale della giustizia e l'efficienza di un sistema giuridico è per Fuller, invece, qualcosa di molto più profondo. Uno dei principali problemi della teoria di Hart, pertanto, sarebbe proprio quello di omettere costantemente elementi fondamentali del diritto, come la volontà di cooperazione da parte dei cittadini, cui deve corrispondere una volontà simile anche da parte dei governanti, e di non considerare del tutto quelli che Fuller definisce gli «*intendments*»⁷³, le intenzioni, che accomunano governati e cittadini sulla base di reciproche aspettative interdipendenti tra loro. Se si assumesse questa prospettiva risulterebbe invece evidente come il mancato rispetto dei principi di legalità conduca sempre a un danneggiamento della stessa istituzione giuridica. Se chi emana e amministra la legge, ad esempio, è il primo a tradirla, i cittadini che devono seguirla non trovano buone ragioni per adeguare il proprio comportamento ad essa. Di conseguenza, si potrebbe aggiungere, se si violasse in maniera sistematica e radicale la moralità interna del diritto si renderebbe impraticabile l'ideale della fedeltà al diritto. Di fronte a queste argomentazioni, per Fuller, diventano inconsistenti repliche come quelle di Dworkin quando scriveva che non ci sarebbe nulla di immorale se un corpo

⁷¹ Scrive Postema che, 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, «*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. POSTEMA, G.J., *Implicit Law*, cit., p. 385. Un commento simile allo stesso passo di Fuller è quello di Nadler che riprende il concetto fulleriano di reciprocità integrandolo con quello di «*equivalence*». Cfr. NADLER, J., *Hart, Fuller and the connection between law and justice*, in *Law and Philosophy*, 27, 2007, p. 26.

⁷² Cfr. FULLER, L.L., *The Morality of Law*, cit., p. 214.

⁷³ *Idem*, p. 217.

legislativo adottasse una legge di così assoluta e fondamentale incoerenza da rendere la legge stessa una vuota forma e, pertanto, non si capirebbe bene quale attinenza esista tra la morale e gli otto *desiderata* definiti dall'autore di *The Morality of law*⁷⁴.

A simili accuse Fuller aveva già replicato rispondendo tanto a Dworkin quanto a Cohen (che sostiene come i principi del *rule of law* siano caratteristiche dei sistemi giuridici moderni necessarie ma neutrali rispetto alla morale⁷⁵), nel suo saggio intitolato proprio *A Reply to Professors Cohen and Dworkin*. La linea difensiva di Fuller rimane sostanzialmente invariata anche in quest'ultimo articolo. Anche qui, infatti, Fuller continua ad insistere sul fatto che, se non ci si ostinasse a considerare il diritto come una proiezione unidirezionale dell'autorità, si scorgerebbero facilmente le necessarie interazioni che legano il legislatore ai cittadini e che permettono che questi ultimi sentano l'obbligo morale di obbedire alla legge nella misura in cui a tale obbligo corrisponda una responsabilità morale del legislatore di non tradire le aspettative e la stessa integrità del diritto⁷⁶.

Entrando nel merito di quello che abbiamo definito il secondo livello della questione fondamentale, quello che concerne il rapporto tra il *rule of law* e la giustizia sostanziale del diritto, Fuller ribadisce poi la sua convinzione che il perseguire coerentemente i principi della moralità interna del diritto porti anche al fatto di produrre leggi giuste rispetto agli scopi concreti, in quanto la coerenza avrebbe sempre maggiore affinità con la bontà che con la malvagità. Le motivazioni che Fuller adduce qui nel dettaglio, però, appaiono più deboli che in altri luoghi in cui egli espone il suo pensiero, e lo portano infatti a cedere su una parte importante di esso: alla fine di questo testo viene infatti almeno in parte abbandonata la teoria della correlazione necessaria tra mezzi e fini, e dello scopo naturale del diritto che sarebbe inevitabilmente connesso con quella moralità interna a sua volta definita dai canoni formali. In questa replica, invero, il filosofo ammette, rivolgendosi soprattutto a Dworkin, che è possibile accettare l'esistenza della moralità interna del diritto senza per questo restare intrappolato nell'assunto successivo, ovvero nella convinzione che tale moralità comporti l'emanazione di leggi che, almeno in un certo grado, siano leggi giuste nei loro

⁷⁴ Cfr. DWORKIN, R., *The elusive morality of law*, in *The Morality of Law – A Symposium*, in *Villanova Law Review*, 10, 1965, p. 637.

⁷⁵ Cfr. COHEN, M., *Law, Morality and Purpose*, in *The Morality of Law – A Symposium*, cit., p. 651.

⁷⁶ Cfr. FULLER, L.L., *A Reply to Professor's Cohen and Dworkin*, in *The Morality of Law – A Symposium*, cit., p. 660. Scrive a tal proposito Viola che «il tipo di obbligatorietà che le regole di organizzazione esercitano sugli organi pubblici implica l'adesione interiore, il consenso, la fedeltà alla legge, altrimenti, 'chi custodirà il custode?'». Cfr. Viola, *Il diritto come pratica sociale*, cit., p. 10.

contenuti⁷⁷. Ed è questo passo indietro, che non ha in realtà altri paralleli negli scritti del filosofo, ciò che resta maggiormente impresso alla fine di questo specifico confronto. In tutti gli altri scritti in cui affronta lo stesso argomento, il filosofo americano ha invece sempre continuato a sostenere l'esistenza di una profonda affinità «*between legality and justice*»⁷⁸.

Il capitolo aggiuntivo di *The Morality of Law* si chiude sulla discussione di alcuni particolari argomenti che non sono stati direttamente oggetto di critiche da parte dei giuristi neo-analitici, e la cui analisi serve ancora una volta a Fuller per rafforzare il proprio concetto di diritto. Il primo di questi argomenti è l'interpretazione, attività che rivelerebbe come nessun'altra la natura cooperativa che l'impresa di preservare la legalità porta intrinsecamente con sé, e che ha infatti provocato non poche difficoltà di approccio alle tesi del positivismo analitico in generale, e di Hart in particolare⁷⁹. Seguono poi legge consuetudinaria e il diritto internazionale, che rientrano anch'essi difficilmente nella concezione del diritto come proiezione univoca dell'autorità, poiché al loro interno diventano più evidenti le relazioni orizzontali tra i soggetti coinvolti nel diritto. Chi emana la legge, infatti, in entrambi i casi, appare al contempo sottoposto ad essa, e ciò fa sorgere delle problematiche specifiche che riguardano la connessione tra diritto e morale. L'autorità di governo che deve conformarsi alla legge lo fa per un obbligo giuridico o morale? Come potrebbe un obbligo meramente giuridico vincolare chi fa le leggi all'obbedienza delle stesse? Secondo Fuller, come è facile intuire, la risposta a queste domande può essere trovata solo guardando alla dimensione morale del diritto inteso come impresa finalizzata e cooperativa.

2.4. *La quarta fase: le ultime opere di Hart e Fuller*

2.4.1. *The Anatomy of Law. L'ultimo confronto di Fuller col positivismo*

L'ultima opera di Fuller rappresenta un grande tentativo di mediazione con il giuspositivismo, pur non rinunciando ai presupposti che stanno alla base del concetto di diritto proprio di questo filosofo. La tesi fondamentale è quella della distinzione tra *made law* e *implicit law*, delle

⁷⁷ Cfr. FULLER, L.L., *A Reply to Professor's Cohen and Dworkin*, cit., p. 662.

⁷⁸ Cfr. FULLER, L.L., *The morality of Law*, cit., p.153. Sul fatto che gli otto principi di legalità non possano in realtà così facilmente servire al perseguimento di scopi interamente malvagi e non siano pienamente compatibili con società non democratiche, cfr. anche MURPHY, C., *Lon Fuller and the Moral Value of Rule of Law*, cit.

⁷⁹ Cfr. FULLER, L.L., *The morality of Law*, cit., p. 224.

quali solo la prima sarebbe l'oggetto di studio del giuspositivismo. Per spiegare in cosa consista l'*implicit law*, Fuller analizza a fondo le principali caratteristiche del diritto consuetudinario:

«A custom is not declared or enacted, but grows or develops through time. The date when it first come into full effect can usually be assigned only within broad limits; (...) it has no definite author; there is no person or define human agency we can praise or blame for its being good or bad. There is no authoritative verbal declaration of the terms of custom; it expresses itself not in a succession of words, but in a course of conduct»⁸⁰.

Allo stesso modo, le regole implicite sono tali perché il loro scopo non viene mai esplicitato, e la loro esistenza viene derivata dalla stessa condotta regolata in base ad esse.

Quel che Fuller dichiara in questo suo ultimo scritto è che all'origine di molte dispute tra i filosofi del diritto è possibile rinvenire una preferenza (non espressamente dichiarata) per l'una o per l'altra forma di diritto⁸¹. Austin, evidentemente, viene definito da Fuller come il primo dei sostenitori della *made law*, poiché incorpora a torto il diritto consuetudinario nella teoria della sovranità e dell'abitudine all'obbedienza. Allo stesso modo, però, ci sono stati molti filosofi di corrente contraria ad Austin che hanno cercato di ignorare la distinzione, quasi confondendo la *made law* con l'*implicit law*⁸², e comunque non prendendo in adeguata considerazione la prima delle due forme di diritto. Quel che Fuller si propone ora di fare è invece rendere in qualche modo giustizia ad entrambe⁸³.

Innanzitutto, seppur distinte, *implicit law* e *made law* appaiono strettamente connesse, tanto che alcuni elementi dell'una si ritrovano necessariamente nell'altra, e viceversa.

Elementi impliciti all'interno della *made law* vengono ad esempio in evidenza quando si guarda alla questione dell'interpretazione, in quanto essa è anche «a process of adjusting the statute to the implicit demands and values of the society to which it is to be applied»⁸⁴, e ciò dimostra che nessuna legge può essere esclusivamente e unicamente considerata *made law*. Come scrive

⁸⁰ Cfr. FULLER, L.L., *The Anatomy of the Law*, Praeger, New York, 1968, p. 44.

⁸¹ Per confortare questa tesi, Fuller dedica alcune pagine ad una digressione dettagliata sulla storia del diritto e del pensiero filosofico-giuridico. *Idem*, pp. 49-57.

⁸² *Idem*, p. 47.

⁸³ Van Der Burg nota come una simile idea fosse già contenuta nella *Reply to critics* aggiunta a *The Morality of Law*. Cfr. VAN DER BURG, W., *Essentially Ambiguous Concept and the Fuller-Hart-Dworkin Debate*, cit., p. 27.

⁸⁴ Cfr. FULLER, L.L., *The Anatomy of Law*, cit., p. 59.

Postema, interpretando il pensiero di Fuller, «*the existence and content of explicit law depend on a network of tacit understandings and unwritten conventions, rooted in the soil of social interaction*»⁸⁵.

Per questo motivo, dice Fuller, gli esempi di aberrazioni legislative vengono condotti fuori dal senso comune e dall'ordinaria concezione di «*decency*»⁸⁶. Così sarebbe avvenuto sotto il regime nazista, quando le aspettative implicite nel diritto sono state violate in una maniera che non ha precedenti. Ritenere che quello nazista fosse diritto significa pertanto disconoscere l'esistenza di elementi impliciti nella *made law*, che devono consistere in limiti imposti al legislatore.

Si potrebbe pensare, allora, che l'introduzione delle limitazioni costituzionali abbia superato questo nodo, intorno al quale ha ruotato tutto il dibattito tra Hart e Fuller, creando una varietà particolare di *made law*: «*a kind of man-made 'higher law' fully capable of answering the question whether a given-legislative act is entitled to be called a law*»⁸⁷ ed, effettivamente, l'avvento e la diffusione degli Stati costituzionali di diritto potrebbero far sembrare ormai inutile schierarsi per una o per l'altra delle tesi presentate dai due filosofi, nel loro confronto circa la validità di leggi come quelle naziste. Eppure, secondo Fuller, il tentativo, attraverso la costituzionalizzazione, di superare la questione delle regole implicite che il legislatore dovrebbe seguire per produrre un diritto che sia davvero tale, va incontro ad almeno quattro tipi di fallimento. Innanzitutto, le costituzioni non contengono alcune tra le regole solitamente più violate da coloro i quali commettono aberrazioni giuridiche; inoltre, alcune violazioni, come la retroattività o le leggi *ad personam*, che nella maggior parte dei contesti inficiano la fedeltà al diritto, in altri possono invece seguire proprio questo ideale, ed è impossibile che un testo costituzionale possa contenere tutte le possibili eccezioni. È infatti inattuabile anticipare sistematicamente, e formalizzare per iscritto, tutte le situazioni di emergenza in cui risulta necessario derogare dalle normali pratiche e quindi sospendere le regole contenute nella stessa costituzione. Infine, e questo appare forse l'argomento più convincente, anche le regole contenute nelle costituzioni, una volta emanate, hanno bisogno di essere interpretate, con tutti i problemi inevitabilmente connessi all'attività interpretativa. Per ovviare a questi problemi, secondo Fuller, bisogna fare allora costante riferimento a quelle che lui chiama le «*implicit sources*»⁸⁸, le fonti del diritto che derivano da quelle attitudini e da quelle pratiche della comunità da cui la

⁸⁵ Cfr. POSTEMA, F.J., *Implicit Law*, cit., p. 361.

⁸⁶ Cfr. FULLER, L.L., *The Anatomy of Law*, cit., p. 61.

⁸⁷ *Idem*, p. 62.

⁸⁸ *Idem*, p. 66.

costituzione medesima ha avuto origine. Il messaggio di Fuller è semplice: la *made law* è importante, indispensabile, e merita studio e approfondimento. Tuttavia, se considerata separatamente dagli elementi della *implicit law*, anche una volta incorporati dei principi ritenuti fondamentali, non basta ad evitare i fallimenti e le aberrazioni giuridiche.

Di contro, però, anche la *implicit law* contiene necessariamente alcuni *made elements* che sono sostanzialmente misconosciuti da coloro i quali vengono suggestionati da quella che Fuller definisce la «*mistique of customary law*»⁸⁹. Al fine di trovare una posizione di equilibrio tra i filosofi che, come Austin, hanno cercato di *assorbire* tutto il diritto nella *made law*, e pensatori che invece hanno portato avanti una visione troppo idealizzata di forme del diritto come la *customary law*, Fuller paragona quest'ultima, che è l'esempio più emblematico del modello della *implicit law*, con la *contract law*, in cui invece predominano i *made elements*. Secondo lui, infatti, basterebbe riflettere attentamente sulle caratteristiche di entrambe, per accorgersi di come, sia la *customary law* che la *contract law*, siano forme di *implicit law*, nel senso che la loro origine non si ritrova nell'imposizione di un legislatore esterno, ma scaturisce piuttosto dalla particolare situazione, e dalle reciproche aspettative, delle parti che vengono soggette alle regole. La loro differenza fondamentale consisterebbe allora in una *questione di grado*: è innegabile che elementi di *made law* prevalgono nella *contract law*, mentre sono meno evidenti nella *customary law*.

La stretta connessione che esiste tra *made* ed *implicit law* emerge anche nelle altre due fonti principali del diritto: gli atti legislativi e la *common law*, costituita dalle decisioni giudiziali⁹⁰. Nel paragrafo intitolato «*A Philosophical Postscript*», in cui Fuller torna a ragionare sulle distanze tra il giusnaturalismo e il giuspositivismo, viene infatti sottolineato come ognuna delle quattro diverse forme del diritto da lui individuate contenga degli *implicit elements*.

Il concetto fulleriano di diritto, per come si esprime in questa ultima opera del filosofo, trova così un filo conduttore che rimanda ai suoi lavori precedenti, ma che in qualche modo li supera per completezza. Il diritto, in tutte le sue forme, viene preso in considerazione da Fuller attribuendo pari dignità a ciascuna in quanto oggetto di studio, rimarcando le differenze tra tutte, ma anche e soprattutto sottolineandone l'origine e la finalità comune. Il diritto, tutto il diritto, è generato dallo scopo di guidare al meglio la condotta umana, regolando le relazioni tra estranei sulla base delle aspettative reciproche, e operando quindi un costante bilanciamento

⁸⁹ *Idem*, p. 70.

⁹⁰ *Idem*, p. 112.

degli interessi. A diversa intensità, su diversi livelli, le forme del diritto rispondono in maniera più o meno evidente a questo scopo che, però, le accomuna tutte.

A questo punto, Fuller può riformulare la differenza tra giuspositivismo e giusnaturalismo in termini in qualche modo più concilianti: i positivisti manifesterebbero infatti, semplicemente, una forte preferenza per l'analisi del diritto nel momento in cui esso emerge dai processi che lo hanno generato e diventa pienamente *made law*, senza curarsi troppo della maniera in cui è venuto alla luce e dello sforzo umano che lo ha originato⁹¹.

Il problema principale che accomuna tutti i tipi di positivismo (tanto quello scientifico che quello giuridico) è allora quello di capire dove si trovi esattamente il confine, il punto di emersione della *made law*. È evidente come, per il positivismo giuridico, la *customary law* e la *common law* rappresentino, in questo senso, degli elementi particolarmente problematici. Solo nel confronto con gli atti legislativi, dunque, i positivisti si sentirebbero davvero nel loro ambito di studio, rapportandosi all'unica forma del diritto che non rischia di inficiare la loro concezione del diritto stesso.

In queste sue ultime pagine, però, Fuller tiene al contempo a ribadire l'inadeguatezza, di fronte alla complessità del diritto in tutte le sue forme, propria anche della tesi giusnaturalistica classicamente intesa, che può legittimamente essere accusata di monismo etico. Pertanto, egli torna a riproporre, come aveva già fatto in precedenza, una teoria della legge naturale più modesta. Quel che è fondamentale, infatti, è riconoscere che esistono dei principi, oggettivamente dati, i quali, come avviene nell'architettura, indipendentemente dal fatto che si voglia progettare una casa o un castello, non cambiano in relazione ai dettagli e ai contenuti. È vero che tali principi derivano dal ruolo che la ragione umana ha sempre all'interno dell'impresa giuridica, ma se il pregio della teoria della legge naturale è sempre stato quello di mantenere la fede nella ragione umana, il suo difetto è stato spesso di sopravvalutarne il ruolo nel diritto, trasformandola a volte in qualcosa di trascendente. La ragione fornisce le strutture fondamentali del sistema giuridico, ma non può risolvere tutte le problematiche connesse agli affari umani⁹².

Il messaggio di Fuller - che è radicato nella stessa idea della connessione tra *implicit law* e *made law* - sembrerebbe quindi un invito alla moderazione. Se i giuspositivisti abbandonassero le loro teorie più estreme, che li spingono ad analizzare il diritto al pari di un oggetto inanimato e inerte, e se i giusnaturalisti lasciassero definitivamente da parte la concezione della legge come qualcosa che eccede l'umana ragione, e

⁹¹ *Idem*, p. 114.

⁹² *Idem*, p. 116.

che viene consegnata quasi attraverso una rivelazione, allora, sembra dire Fuller, le due visioni del diritto potrebbero incontrarsi, dopo aver smusato ciascuna i propri angoli più acuti.

Non bisogna però pensare che il filosofo della moralità interna stia qui realmente attribuendo pari dignità al giusnaturalismo e al giuspositivismo. Quest'ultimo, infatti, che si interessa unicamente alla *made law*, rivolgerrebbe a suo parere la propria attenzione a quelle manifestazioni che rappresentano soltanto «*the surface phenomena of law*»⁹³. Il giusnaturalismo, nella particolare forma da lui proposta, coglierebbe invece la vera natura di questi fenomeni di superficie, derivante dal fatto che il diritto «*is deeply implicated in the practices and conventions of the communities it governs*»⁹⁴.

Quella che Fuller cerca di offrire, per come la definisce alla fine di questo suo ultimo scritto, è pertanto una versione del giusnaturalismo che ne mette in luce «*what it might be called its revolutionary or ameliorative aspects*», una teoria della legge naturale, priva di quelle implicazioni reazionarie e conservatrici dello *status quo* che Hart gli aveva imputato, che non occulta i conflitti insiti nel diritto, ma che invece li affronta come si affrontano le avversità inevitabili all'interno di ogni impresa umana, avendo fiducia nella ragione che accomuna gli esseri umani al di là delle contingenze e dei momenti più bui. Avendo fiducia, pertanto, in quello che è uno dei principali prodotti della ragione: il diritto.

2.4.2. *Il Postscript di Hart e le sue repliche a Dworkin*

L'ultimo atto del dibattito consiste nel poscritto che Hart appose al suo *The Concept of Law*, a distanza di ben trentadue anni dalla prima edizione, nonostante il suo diretto interlocutore non sia qui in realtà Fuller, ma Dworkin.

Il progetto originario⁹⁵ doveva comporsi di due sezioni, di cui la prima (quasi completa) è indirizzata appunto a Dworkin, mentre la seconda, mai neppure cominciata, avrebbe dovuto trattare «le pretese di una serie di altri critici»⁹⁶, tra cui probabilmente sarebbe stato preso in considerazione anche Fuller. In ogni caso, le ultime parole che verranno dedicate a quest'ultimo da parte del suo rivale di sempre, consisteranno soltanto nei brevi accenni lasciati cadere all'interno dell'Introduzione apposta da Hart

⁹³ Cfr. POSTEMA, G.J., *Implicit Law*, cit., p. 377.

⁹⁴ *Ibidem*.

⁹⁵ Cfr. *Nota dei curatori* ad Hart, in H.L.A., *Il concetto di diritto*, cit., pp. 353 ss.

⁹⁶ *Idem*, p. 308.

nel 1983 alla raccolta degli *Essays in Jurisprudence and Philosophy*. Da quei veloci passaggi, però, si evince il fatto che, nonostante il giudizio di molti⁹⁷, Hart non fosse poi così convinto di essere uscito del tutto vittorioso dalla sua disputa con Fuller. Egli ammette infatti di non avere dedicato sufficiente attenzione a certe forme di connessione tra diritto e morale, tra le quali cita anche gli *standards of legality* dell'autore di *The morality of Law*⁹⁸.

Ad ogni modo, Hart non senti mai, tra il proprio pensiero e quello di Dworkin, l'opposizione che lo separò invece dalla concezione del diritto di Fuller e dalla sua teoria della moralità interna⁹⁹.

Secondo Barberis, questo capitolo aggiuntivo a *The Concept of law* rappresenta soprattutto un particolare tentativo di risolvere la disputa tra giuspositivismo e giusnaturalismo «rendendo le due filosofie compatibili, in quanto relative a due oggetti diversi»¹⁰⁰.

Il terreno di scontro su cui lo trascina Dworkin infatti, appare più radicale rispetto a quello su cui Hart aveva a lungo duellato con Fuller: non si tratta semplicemente di accettare che il diritto per essere tale debba seguire alcuni criteri formali, e non si tratta neppure del secondo livello della nostra questione fondamentale che riguarda la connessione di un siffatto diritto, conforme al *rule of law*, con scopi che debbano essere necessariamente morali. Quel che Dworkin propone, per usare ancora le parole di Hart, è un concetto di diritto in cui «la verità di ogni proposizione giuridica dipende in definitiva dalla verità di un giudizio morale

⁹⁷ Cfr. FÜBER, K., *Farewell to "Legal Positivism": The Separation Thesis Unraveling*, cit., p. 119.

⁹⁸ Cfr. HART, H., *Introduction* a Id., *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford University Press, New York 1983, pp. 8-9. A proposito di queste ammissioni di Hart all'interno della sua introduzione ai saggi, Celano scrive che essi rispecchiano il fatto che l'atteggiamento di questo filosofo rispetto ai principi di giustizia naturale e ai principi di legalità interni al diritto, in realtà, non fu «univoco», ma piuttosto «oscillante e tormentato». Cfr. CELANO, B., *Giusnaturalismo, positivismo giuridico e pluralismo etico*, cit., nota 25.

⁹⁹ Scrive Schiavello, a tal proposito, come il convenzionalismo flessibile di Hart lo portò invece a condividere molte delle tesi di Dworkin e che fu piuttosto quest'ultimo a non cogliere la particolarità della concezione hartiana del diritto. Cfr. SCHIAVELLO, A., *Diritto come integrità: incubo o nobile sogno? Saggio su Ronald Dworkin*, Giappichelli, Torino 1997, pp. 158-159.

¹⁰⁰ Barberis, tuttavia, dà ragione a Raz sul fatto che il tentativo di rendere compatibili giusnaturalismo e giuspositivismo risulta fallito almeno per quanto riguarda il confronto tra Hart e Dworkin: «la dottrina di quest'ultimo, infatti, conserva pretese conoscitive che la rendono incompatibile con la teoria di Hart». Cfr. BARBERIS, *Dispute razionalmente interminabili*, cit., p. 13.

circa la migliore giustificazione»¹⁰¹. Una simile concezione offre una prospettiva così alternativa sul diritto che, se venisse accettata, renderebbe priva di senso gran parte della polemica di Hart e Fuller su casi come quello degli informatori nazisti.

Ad ogni modo, nella risposta di Hart alle critiche mosse da Dworkin alla sua *teoria della pratica delle norme*, e contenute soprattutto in *Taking Rights Seriously* del 1977, si ritrovano degli spunti interessanti per la riflessione sul *rule of law* che abbiamo condotto fino ad ora. Hart torna qui infatti a parlare del nodo dell'accettazione, cercando, forse per la prima volta, di fornire criteri realmente alternativi alla giustificazione morale. Quel che ci è utile riprendere in questo punto è come il ruolo che egli attribuisce in questo senso alla norma di riconoscimento richiami in qualche modo alla mente le caratteristiche della moralità interna del diritto per come era stata descritta da Fuller. La norma di riconoscimento, dice Hart, deve fornire anche i criteri di validità e accettazione delle norme giuridiche, essendo però essa stessa una norma giuridica; deve svolgere il ruolo, insomma, che Fuller attribuisce alla moralità interna del diritto, affinché il diritto sia veramente tale e chi debba seguirlo trovi delle ragioni per farlo. Tutto ciò, però, senza inficiare la tesi della non necessaria connessione tra diritto e morale. Ma una volta che Hart ha rifiutato la definizione di diritto come mero fatto, le cause della sua accettazione non possono risiedere negli stessi criteri che devono a loro volta essere accettati. Sembrerebbe di potere dedurre, da questa parte della replica di Hart a Dworkin, un necessario rimando a quella dimensione sociale¹⁰² e relazionale che Fuller gli aveva invece rimproverato di escludere sistematicamente. Del resto, il presupposto stesso della teoria del diritto di Dworkin è «che si guardi al diritto come 'ad una pratica sociale' piuttosto che come a un 'dato'»¹⁰³ e, al contrario di quanto aveva fatto nel confronto con Fuller, Hart sembra qui accettare alcune delle conseguenze che una simile concezione reca con sé. È possibile affermare che, ogni qual volta egli si trovi a dover ragionare circa i criteri di validità e di accettazione della norma di riconoscimento, ma anche della complessità che spesso è insita nel lavoro di interpretazione delle norme e di decisione giudiziale, i presupposti sui quali si basano alcune delle critiche da lui mosse a Fuller rispetto alla definizione di moralità interna del diritto sembrino un po' meno solidi.

Gli altri paragrafi del Poscritto di Hart aggiungono ancora alcuni spunti di riflessione circa il nostro ragionamento sul *rule of law* e

¹⁰¹ Cfr. HART, H.L.A., *Il concetto di diritto*, cit., p. 324.

¹⁰² Non a caso, Postema ha rintracciato proprio nella norma di riconoscimento di Hart un esempio di "implicit dimension of law". Cfr. POSTEMA, G.J., *Implicit Law*, cit., p. 361.

¹⁰³ SCHIAVELLO, A., *Diritto come integrità...*, cit., p. 113.

l'evoluzione del dibattito tra Hart e Fuller. Le precisazioni che Hart fa su stimolo di Dworkin, tanto in relazione ai principi giuridici che alla questione dell'interpretazione, colmano, in parte, delle lacune di *The Concept of Law* che anche Fuller aveva sottolineato in precedenza. Rispetto ai principi giuridici, Hart afferma che la loro inclusione all'interno del suo concetto di diritto non lo destrutturano e sia inoltre assolutamente compatibile con la sua teoria della norma di riconoscimento. Tali principi vengono infatti ad essere identificati proprio attraverso tale norma «che indica le fonti del diritto e i rapporti di superiorità e subordinazione che sussistono fra di loro»¹⁰⁴. Ma anche qui il tentativo, all'interno di una teoria positivista debole, di ricondurre ogni elemento del diritto ad una norma di riconoscimento che viene considerata, però, interamente giuridica, può apparire in qualche modo forzato.

Hart continua fino alla fine, infatti, a difendere la sua idea secondo la quale nonostante «vi siano molte diverse connessioni contingenti tra diritto e morale, non vi sono connessioni concettuali necessarie tra il contenuto del diritto e la morale; in tal modo leggi moralmente inique possono essere valide come norme o principi giuridici»¹⁰⁵. Per contrastare l'opinione avversa di Dworkin, egli sostiene dunque che i diritti e doveri giuridici possono non avere alcuna forza o fondamento morale. Per sostenere ciò, però, Hart fa ricorso all'importanza stessa del diritto in quanto tale, indipendentemente dai suoi contenuti e dalla loro moralità, e scrive:

«diritti e doveri giuridici sono il punto in rapporto al quale il diritto, con i suoi mezzi coercitivi, rispettivamente protegge e limita la libertà individuale, o attribuisce o nega agli individui il potere di servirsi del meccanismo coercitivo del diritto. Perciò, che le leggi siano moralmente buone o cattive, giuste o ingiuste, i diritti e i doveri richiedono attenzioni quali punti focali nelle operazioni di diritto che sono di suprema importanza per gli esseri umani, e questo in modo indipendente dai meriti morali della legge»¹⁰⁶.

Ma rispetto a cosa, allora, le operazioni del diritto avrebbero in sé una *suprema importanza*, indipendentemente dai contenuti delle leggi? Cos'altro, se non un fondamento morale, un'idea condivisa (seppur su dei contenuti minimi) di bene, potrebbe attribuire al diritto il valore sottolineato da Hart? E se così fosse, se il diritto traesse origine da un fondamento di tipo morale, in quanto volto a difendere un valore di suprema impor-

¹⁰⁴ Cfr. HART, H.L.A., *Il Concetto di diritto*, cit., p. 340.

¹⁰⁵ *Idem*, p. 342.

¹⁰⁶ *Idem*, p. 343.

tanza per gli esseri umani, davvero le leggi che lo compongono potrebbero avere un contenuto molto iniquo senza tradire in qualche modo il fine stesso per cui esistono? Probabilmente, questo potrebbe avvenire nei riguardi di una singola norma, ma è molto più difficile accettare l'esistenza di un sistema giuridico che sia nel suo complesso profondamente e completamente ingiusto.

Sembra insomma che, per come è di per sé strutturato il concetto di diritto di Hart, egli faccia fatica a restare entro i limiti di una teoria descrittiva e generale e che, nel momento in cui si lascia coinvolgere da Dworkin nel terreno del fondamento e della giustificazione del diritto, divenga più evidente di quanto non lo sia nel dibattito con Fuller la sua difficoltà nel restare entro il campo abituale del giuspositivismo (seppur debole). È possibile affermare, in fin dei conti, che lungo questa replica Hart compia una continua opera di conciliazione con il pensiero di Dworkin, a costo di ridimensionare gli scopi del proprio pensiero giuridico, rinunciando anche, almeno in parte, all'ampiezza delle argomentazioni che aveva invece adoperato contro le tesi di Fuller per sostenere il valore morale di un diritto separato dalla morale, rispetto alla libertà di coscienza e al coraggio di opporsi a delle leggi ingiuste che pure rimangono leggi.

3. *Conclusioni: la questione fondamentale del rule of law all'interno del dibattito tra Hart e Fuller*

Nel lungo dialogo tra Hart e Fuller, come si è visto, vengono alla luce, in modo articolato e profondo, alcuni nodi fondamentali che chiunque si accosti alla filosofia del diritto non può esimersi dall'affrontare, prima tra tutte la questione inerente alla relazione tra il diritto e la morale.

A Fuller va la responsabilità o il merito di avere tentato di spostare l'asse del discorso da un livello sostanziale, riferito cioè ai contenuti della legge, ad uno procedurale e formale, che egli ha definito la moralità interna del diritto. Il fulcro del suo dibattito con Hart, coincide infatti con quella che abbiamo definito in questo articolo *la questione fondamentale*, ovvero l'indagine circa la natura e le funzioni del *rule of law*. Interrogarsi sul *rule of law* significa non solo entrare nel merito della relazione tra diritto e morale, e quindi delle tesi giuspositivistica e giusnaturalistica della separazione e della connessione necessaria tra questi due elementi. Affrontare l'argomento porta anche, inevitabilmente, a porsi l'interrogativo generale su cosa sia effettivamente il diritto¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Cfr. DYZENHAUS, D., *The Legitimacy of the Rule of Law*, N.Y.U. Sch. of Law Colloquium in Legal, Pol., & Soc. Phil., 2005, consultabile all'indirizzo: <http://www.law.nyu.edu/lppt/program2005/readings/egallegit2.pdf>, p. 3.

3.1. *Il primo livello della questione fondamentale: la relazione tra il rule of law e il diritto*

Come scrive Dyzenhaus, sembrerebbe che, per quanto concerne il primo livello della nostra questione fondamentale, sostenitori del giuspositivismo come Hart e Raz abbiano in qualche modo accettato una sorta di *versione debole* del diritto naturale. Questo però, continua Dyzenhaus, sarebbe davvero plausibile solo nel caso, che non viene dato, in cui essi accettassero anche che l'ideale della legalità sia un ideale in qualche modo morale¹⁰⁸.

La posizione di Fuller a questo proposito è stata di contro definita da Bennet come un tipo di monismo che resta contrapposto al dualismo della maggior parte dei pensatori positivisti¹⁰⁹: la posizione monista è riassumibile nella tesi sostenuta anche da Waldron quando scrive che «*the concept of law already implicates the ideal we call the Rule of Law*», rifiutando l'idea giuspositivista di chi ritiene invece che «*to talk of the Rule of Law presupposes that we have already made independent sense of the concept of law*»¹¹⁰.

Lo stesso Waldron, inoltre, si sofferma a sottolineare alcune tracce di ambiguità che proprio la teoria di Hart sembra recare con sé quando affronta questo livello della questione fondamentale. La sua determinazione nell'insistere sulla separabilità di diritto e morale, di fatto e valore, del *diritto com'è* e del *diritto come dovrebbe essere*, porterebbe infatti Hart a non approfondire la relazione tra il *rule of law* e il diritto, rimanendo soprattutto sul terreno, per lui molto più gestibile, dei contenuti sostanziali delle leggi. Effettivamente, accettare la connessione necessaria tra *rule of law* e diritto mette in crisi inevitabilmente la teoria della mera *praticabilità*¹¹¹, e ragionare sull'origine e la funzione di questa connessione comporta, per forza di cose, anche una riflessione sull'origine e sullo scopo del diritto stesso. Per questo motivo, gli accenni di Hart ai principi del *rule of law* sono sparsi nei suoi scritti senza ordine e coerenza, lasciati cadere tra una pagina e l'altra come si fa con un argomento che non si può del tutto ignorare, ma che non si ha intenzione di approfondire realmente, pena il rimettere in discussione troppi punti dati per assodati all'interno di una teoria.

¹⁰⁸ *Idem*, p. 11.

¹⁰⁹ Cfr. BENNET, M., *The Rule of Law Means literally What it Says: The Rule of the Law: Fuller and Raz on Formal Legality and The Concept of Law*, in *Australian Journal of Legal Philosophy*, 32, 2007, p. 91.

¹¹⁰ Cfr. WALDRON, *The Concept and the Rule of Law*, cit.

¹¹¹ Viola ha ribattuto alla tesi della praticabilità sostenendo che «la separazione tra validità e praticabilità del diritto è ben poco convincente». Un diritto impraticabile, aggiunge infatti, «o è un mero *flatus voci* o è un meccanismo di potere di tipo casuale». Cfr. VIOLA, F., *Il Rule of Law e il concetto di diritto*, cit., p. 158.

Un esempio lampante di questa difficoltà appare, ad esempio, nell'articolo del 1958 cui abbiamo più volte fatto riferimento: a proposito del processo alla donna che aveva denunciato il marito ai nazisti, Hart scrive infatti che invocare una legge retroattiva significherebbe operare una scelta tra due mali e che bisognerebbe quindi farlo con la consapevolezza «*of sacrificing a very precious principle of morality endorsed by most legal systems*»¹¹². Uno degli otto *desiderata* di Fuller, la non retroattività della legge, viene quindi definito un *prezioso principio morale* proprio da colui che, per primo, ha criticato senza mezzi termini la definizione fulleriana di moralità, usata per indicare quei principi formali che garantiscono gli scopi del diritto.

È in questo senso che la teoria del *rule of law* che si evince dagli scritti di Fuller appare più completa di quella di Hart, sul cui pensiero torneremo a breve. La teoria della moralità interna del diritto ha infatti il pregio di partire da un'osservazione della realtà giuridica che tenta di comprenderne appieno tanto la dimensione esplicita delle leggi codificate quanto, e soprattutto, quella implicita, radicata nella sua origine di ordine sociale. Abbiamo visto come i presupposti fondamentali della teoria di Fuller siano la definizione dello scopo del diritto come guida dell'azione umana e quella della sua dimensione sociale, segnata dalla corrispondenza biunivoca nella relazione tra chi emana le leggi e chi deve seguirle. *Rex* fallisce perché non rispetta l'accordo tacito che regge l'ordine sociale. Quello che egli produce attraverso le sistematiche violazioni di ciascuno degli otto *desiderata* è, infatti, un insieme di comandi che per la loro irragionevolezza non possono fornire alcun motivo per essere obbediti che non sia il timore di incorrere in sanzioni, o l'abitudine all'obbedienza.

Che, in alcuni casi particolari, da alcuni dei *desiderata* che compongono il *rule of law* si possa e anzi si debba derogare per non tradire l'ideale della fedeltà al diritto; che la legalità sia una questione di grado e non un monolite privo di sfumature, e che lo stesso concetto di *rule of law*, infine, stia oggi attraversando un periodo di forte crisi e revisione, dipende proprio dal fatto che il diritto rispecchia la natura umana, da cui origina nel momento in cui essa intraprende l'impresa della cooperazione sociale. Di conseguenza, le sue caratteristiche possono mutare a seconda dei diversi contesti, rivelarsi fallibile in certi casi, essere passibili di revisioni e miglioramenti.

Pertanto, ciò da cui non si può derogare radicalmente per poter parlare ancora di diritto non è il singolo requisito del *rule of law*, come ad esempio un particolare criterio formale o procedurale, ma è piuttosto, più in generale, il bisogno da cui origina l'utilizzo di questi requisiti.

¹¹² Cfr. HART, H.L.A., *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, cit., p. 71.

Anche Hart ha riconosciuto, lo abbiamo visto, una certa dimensione sociale presupposta al diritto. Secondo Nadler, infatti, il pensiero di Hart appare segnato da una sorta di «*conceptual confusion regarding how the internal point of view is to be understood*», per cui egli oscillerebbe «*between (...) the empirical interpretation and the conceptual interpretation*» del punto di vista interno¹¹³. Un'interpretazione pienamente concettuale di quest'ultimo finisce infatti, come vedremo a breve, col minare dalle basi la tesi della separazione tra diritto e morale, mentre un'interpretazione esclusivamente empirica dello stesso comprometterebbe l'impostazione normativa del concetto di diritto di Hart, rendendo difficilmente comprensibile la differenza tra le mere abitudini e le leggi, non spiegando in modo soddisfacente le ragioni della validità della norma di riconoscimento e, insomma, rendendo la teoria dell'obbligo giuridico dell'autore di *The Concept of Law* poco più che «*a very minor modification of Austin's command theory*»¹¹⁴. In realtà, sostiene invece Nadler, «*The internal point of view describes a conceptual rather than an empirical relationship between law and subject*», poiché «*the internal point of view describes a feature of the rules themselves*»¹¹⁵ e ci parla, quindi, anche della natura stessa delle regole giuridiche. Tali regole devono essere capaci di venire accettate non solo da chi le emana e le applica, ovvero dai funzionari del diritto, ma anche da chi deve seguirle e regolare il proprio comportamento trovando in esse ragioni per agire, o astenersi dall'agire, che non siano solo il timore di incorrere in sanzioni o l'abitudine all'obbedienza. Esse, pertanto, per risultare accettabili nel senso appena indicato, devono necessariamente seguire determinati criteri formali e procedurali. Sarebbe questo, quindi, il ragionamento che Hart non avrebbe esplicitato fino in fondo e che rivelerebbe, a questo livello della questione, una sintonia non superficiale tra il suo concetto di diritto e la teoria della moralità interna di Fuller.

Una volta accettata l'inadeguatezza di una visione esclusivamente sanzionatoria del diritto; una volta respinta l'abitudine all'obbedienza come sufficiente ragione per seguire le norme giuridiche imposte dal legislatore, una volta messa in discussione la figura stessa del legislatore come qualcuno che sfugge alle regole del diritto e si pone al di sopra di esso (e quindi può trovare legittimazione al di fuori delle dinamiche sociali che creano la necessità del diritto stesso); una volta restituita la dimensione di impresa relazionale, di aspettative interagite e di reciprocità del diritto, sembra evidente che la problematica del *rule of law* non sia riducibile ad una mera questione di efficacia.

¹¹³ Cfr. NADLER, J., *Hart, Fuller and the connection between law and justice*, cit., p. 5.

¹¹⁴ *Idem*, p. 9.

¹¹⁵ *Ibidem*.

Resta a questo punto il problema, però, di stabilire in che modo il *rule of law*, definito così come moralità interna e procedurale del diritto, risulti o meno neutrale nel determinare la giustizia dei contenuti sostanziali del diritto stesso.

3.2. *Il secondo livello della questione fondamentale: la relazione tra un diritto regolato dal rule of law e la giustizia*

Come scrive Waldron, una delle caratteristiche che rendono «*unattractive to modern legal philosophers*» teorie come quelle della moralità interna del diritto consiste in quelli che sono i «*Fuller's over-stated claims about the connection between substantive justice and 'the internal morality of law'*»¹¹⁶. Waldron risolve la questione affermando che il fatto di accettare come necessaria la connessione tra *rule of law* e diritto non costringe a dare validità anche all'assunto secondo il quale il diritto, per essere davvero tale, implichi altrettanto necessariamente la giustizia sostanziale dei suoi contenuti. Tale posizione sembra ricordare quella che abbiamo visto esporre anche a Fuller nella sua replica a Dworkin e Cohen, anche se questa ammissione è, come abbiamo visto, isolata.

Eppure, la spina dorsale dell'intera teoria fulleriana è che la connessione necessaria tra *rule of law* e diritto dica molto anche della dimensione morale del diritto a un livello più generale. Dimostrare la necessità del *rule of law* non solo a fini strategici, lo abbiamo visto, significa per lui assumere la prospettiva del «diritto come pratica sociale»¹¹⁷, ovvero come specifica impresa umana cooperativa e basata su aspettative e interdipendenze condivise. Ma cosa ha a che fare tutto ciò con la giustizia?

A questa domanda la maggior parte dei giuspositivisti risponde in maniera piuttosto secca: il *rule of law*, scrive ad esempio Raz, è solo una delle virtù di un sistema politico e non va confusa con la democrazia o con l'eguaglianza, tant'è che esistono sistemi non democratici che lo rispettano perfettamente¹¹⁸.

Hart, dal canto suo, ha sempre cercato di difendere le tesi giuspositivistiche dalle conseguenze che una certa elaborazione dei principi di legalità può comportare sulla teoria della separazione tra diritto e morale, anche e soprattutto in riferimento alla tematica della giustizia sostanziale delle leggi. Una volta stabilito che solo un diritto che rispetti - o che quanto meno non violi radicalmente e massicciamente - i principi del *rule of law*

¹¹⁶ Cfr. WALDRON, *The Concept and the Rule of Law*, cit.

¹¹⁷ Cfr., VIOLA, F., *Il diritto come pratica sociale*, cit.

¹¹⁸ Cfr. RAZ, J., *The Rule of Law and its Virtue*, cit., p. 211.

può considerarsi veramente diritto, ne emerge infatti una particolare definizione di ciò che il diritto sia e di quali scopi abbia. Non ogni insieme di comandi può chiamarsi diritto, quindi, anche se proviene da un'autorità preposta, e ciò accade perché esiste qualcosa che non è sbagliato considerare una sua moralità interna, derivante dalla dimensione sociale e implicita di cui il diritto è espressione. Un siffatto diritto, allora, per quanto costantemente perfettibile, potrà difficilmente essere davvero e completamente compatibile con qualsiasi tipo di iniquità, perché conterrà in sé, quanto meno, una promessa di giustizia che non può che rappresentare l'orizzonte condiviso da chi deve trovare una ragione per seguire delle regole. Come spiega Finnis, ragionando sul pensiero di Fuller, «l'asserzione davvero pertinente» che il filosofo della moralità interna del diritto riferisce alla *reciprocità* è che «una tirannia dedita a scopi perniciosi non ha una ragione in sé sufficiente per sottomettersi alla disciplina di operare coerentemente attraverso le esigenti procedure del diritto, posto che il fondamento razionale di una tale autodisciplina è proprio il valore della reciprocità, equità e rispetto delle persone, che il tiranno, *ex hypothesi*, ha in disprezzo»¹¹⁹. L'autorità del diritto, quindi, «dipende dalla sua giustizia o, almeno, dalla sua capacità di assicurare la giustizia»¹²⁰.

È vero che i *desiderata* che compongono la moralità interna del diritto di Fuller garantiscono nell'immediato una giustizia solo procedurale, ma è altrettanto vero che, affinché si realizzi una giustizia sostanziale, è imprescindibile che sia data per presupposta una giustizia delle loro forme. In questo senso «una società giusta non è compatibile con la violazione del *rule of law*»¹²¹.

Pertanto, se il *rule of law* è indispensabile alla giustizia giuridica e se la giustizia giuridica è indispensabile alla giustizia sociale, è evidente come il *rule of law* abbia una profonda relazione con la giustizia sociale stessa.

È vero che, come nell'esempio dell'*apartheid* sudafricano, gli stessi principi giuridici sono spesso serviti, storicamente, per dare legalità a situazioni di grave discriminazione e ingiustizia, ma è anche vero che l'adesione al *rule of law* «equivale sempre a ridurre l'efficienza del male di un governo malvagio, poiché ne restringe sistematicamente la libertà di manovra»¹²². Ciò perché, innanzitutto, i principi del *rule of law* mettono al riparo da tutte quelle ingiustizie derivanti dall'arbitrio dei legislatori che, soggetti anch'essi al diritto, sono costretti a muoversi all'interno di un rapporto di reciprocità e di mutue aspettative, pena l'inefficacia delle

¹¹⁹ Cfr. FINNIS, J., *Legge naturale e diritti naturali*, cit., p. 297.

¹²⁰ *Idem*, p. 283.

¹²¹ Cfr. VIOLA, F., *Il Rule of law e il concetto di diritto*, cit., p. 164.

¹²² Cfr. FINNIS, J., *Legge naturale e diritti naturali*, cit., p. 298.

regole che emanano e la perdita di autorità. Come scrive Dyzenhaus a proposito dell'apartheid: «*the point is that when the law is used to create a wholesale and harmful exception for a class of people to one or several of the principles of legality, including the principle of generality, the result is tension in the order's claim to respect the rule of law*»¹²³.

Traendo ulteriori conseguenze da questo ragionamento, si potrebbe allora affermare che tra il *rule of law* e la democrazia intesa nella sua versione contrattualistica come partecipazione all'elaborazione delle regole cui si verrà soggetti, esista una relazione diretta e non contingente. Se i principi formali e procedurali del diritto non sono sufficienti a garantire la democrazia e l'eguaglianza, essi sono però uno strumento importantissimo per la loro affermazione. È proprio per il suo carattere morale, inteso in senso fulleriano, che il *rule of law* può rinvigorire la democrazia. Esso è lo strumento attraverso il quale il diritto realizza il proprio scopo, fornendo ragioni affinché estranei che vivono insieme regolino i propri comportamenti in base alle sue norme. Modificando lo strumento, Fuller lo ha detto molte volte, si modifica anche lo scopo, mentre è proprio la relazione tra il particolare strumento e il particolare scopo, tra determinati mezzi e determinati fini, quella che identifica il diritto.

Potremmo dire che la stessa relazione esiste anche tra il diritto e la giustizia. Se «la giustizia è il fine naturale di ogni pratica giuridica e appartiene, pertanto, alle sue condizioni di esistenza», ciò accade perché essa «è un bene immanente che coincide con il pieno sviluppo della pratica stessa»¹²⁴. Tutto questo appare chiaro quando si guarda al diritto come ad una particolare impresa umana e come a una pratica sociale che «si giudica per la sua capacità di massimizzare i suoi beni interni, che sono anche i suoi fini ultimi»¹²⁵.

In definitiva, come è stato scritto, «*it is only if we think of the rule of law as something 'cosmetic' that it is compatible with pursuit of deeply immoral ends*»¹²⁶, mentre se ci si sofferma nel considerare il profondo legame che unisce l'impresa giuridica e il *rule of law* si comprende anche l'implicita connessione che esiste tra la giustizia, o la promessa di giustizia intrinseca nel diritto, e il *rule of law* stesso. Proprio perché lo scopo del diritto è quello «*to guide human conduct in a manner that fulfills and respects the human capacity for self-determination*»¹²⁷, e poiché per

¹²³ Cfr. DYZENHAUS, D., *The Legitimacy of the Rule of Law*, cit., p. 24.

¹²⁴ Cfr. VIOLA, F., *Ragion pratica e diritto naturale: una difesa analitica del giusnaturalismo*, in "Ragion Pratica", 1, 1993, p. 78.

¹²⁵ *Idem*, p. 79.

¹²⁶ Cfr. MURPHY, C., cit., p. 252.

¹²⁷ Cfr. NADLER, J., *Hart, Fuller and the connection between law and justice*, cit., p. 29.

perseguire tale scopo è necessario utilizzare lo strumento del *rule of law*, si può quindi affermare, come Fuller afferma, l'esistenza di un legame tra la moralità interna e procedurale del diritto e i suoi fini sostanziali.

Non si sta qui asserendo, e non era del resto neppure il pensiero di Fuller, che il rispetto dei principi formali possa di per sé bastare a garantire una società giusta ed equa. Storicamente, anzi, sono state proprio le lotte e i conflitti che hanno abolito disposizioni vigenti, anche dove queste risultavano almeno formalmente e almeno in parte rispondente ad alcuni principi del *rule of law*, a ripristinare situazioni di maggiore giustizia sociale. È vero anche, però, che la conquista di società più "giuste" è spesso avvenuta attraverso la conquista di disposizioni migliori, e che queste, migliorate nella sostanza dei loro contenuti, come è successo ad esempio in Sudafrica, hanno al contempo anche ripristinato nella loro natura e completezza gli strumenti formali e procedurali consistenti proprio in quei principi del *rule of law* che erano stati svuotati, applicati come dispositivi volti solo all'efficacia, e quindi traditi.

In conclusione, non si è dimostrato possibile analizzare in maniera nettamente separata i due livelli di quella che abbiamo definito *la questione fondamentale del rule of law*, una volta definito al modo di Fuller il rapporto tra il *rule of law* e il diritto. Il legame tra questi due elementi può essere infatti presupposto come necessario solo se si accetta, al contempo, che la giustizia sia il fine naturale del diritto fedele a se stesso: poiché l'ideale del diritto tende alla realizzazione della giustizia, la sua creazione e la sua applicazione non può che essere soggetta ai principi del rispetto della libertà giuridica degli individui.

Evidentemente, il lungo dibattito tra Hart e Fuller avveniva in un'epoca molto diversa da quella attuale. Le potenzialità intrinseche nel *rule of law* e il suo valore implicito, in fondo riaffermati da entrambi i filosofi, devono oggi rinnovare le proprie caratteristiche e adattarsi a svolgere nuove funzioni, pena la loro estinzione. Con il passaggio ad una società sempre più plurale, differenziata, e *globale*, segnata da inediti movimenti migratori e dalla formazione di nuovi spazi politici e giuridici che non coincidono più solamente con i confini degli Stati nazionali moderni, «oggi il diritto non può che configurarsi come una costruzione sociale permeabile alle influenze esterne, caratterizzata da un sistema decisionale a più livelli non tutti gerarchicamente ordinati e il cui operare quindi difficilmente può essere ricondotto a un'unica razionalità»¹²⁸. Da qui la sfida che la nuova epoca pone al diritto: mostrarsi capace di regolare società che appaiono prive di un'identità coesa anche solo «immagi-

¹²⁸ Cfr. SANTORO, E., *Diritto e diritti: lo stato di diritto nell'era della globalizzazione*, Giappichelli, Torino 2008, p. 64.

nata»¹²⁹, attraversate da un pluralismo di ordini giuridici spesso in posizione di reciproca conflittualità, e nelle quali le regole del mercato globale sembrano sovradeterminare e dirigere la produzione giuridica piuttosto che essere ad essa subordinate.

In una situazione così fortemente modificata, è evidente come anche i parametri della ricerca di una giustizia possibile debbano venire rinnovati e ripensati. Vecchi strumenti, però, possono apparire preziosi proprio all'interno di questo inedito panorama. È il *rule of law* uno di questi?

Certamente sì, se è vero che «In queste condizioni il compito principale del *rule of law* è quello di assicurare la stabilità dei significati normativi mediante procedure interpretative e argomentative controllate e consolidate. L'instabilità dei significati normativi conduce all'arbitrio e questo è sempre fonte d'ingiustizia»¹³⁰.

A questo punto, però, si dischiude un nuovo e complesso argomento che non può essere oggetto del nostro scritto.

¹²⁹ Cfr. ANDERSON, B., *Comunità immaginate. Origini e diffusione dei nazionalismi* (1983), Manifestolibri, Roma 1996.

¹³⁰ Cfr. VIOLA, F., *Il Rule of law e il concetto di diritto*, cit., p. 166.