

Unità del sapere giuridico
Quaderni di scienze penalistiche e filosofico-giuridiche

Collana diretta da
Antonio Incampo, Vito Mormando, Adolfo Scalfati

Piero Marra

Per una moralità procedurale del diritto
Considerazioni attuali a partire da Lon L. Fuller

ISBN 979-12-5965-182-2



9 791259 651822

€ 18,00



CACUCCI  EDITORE
BARI

Unità del sapere giuridico
Quaderni di scienze penalistiche e filosofico-giuridiche

Collana diretta da
Antonio Incampo, Vito Mormando, Adolfo Scalfati

Comitato scientifico

Paolo Ferrua, Angiola Filipponio, Cristina Hermida del Llano, Heribert Franz Köck, Oliviero Mazza, Mariano Menna, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Luigi Pannarale, Otto Pfersmann, Aldo Regina, Herbert Schambeck, Giorgio Spangher, Gunther Teubner, Nicola Triggiani, Daniela Vigoni, Wojciech Żelaniec.

Comitato di redazione

Filippo Bottalico, Marilena Colamussi, Enzo Dell'Andro, Lucia Iandolo Pisanelli, Piero Marra, Maria Antonella Pasculli, Porzia Teresa Persio, Guglielmo Siniscalchi, Maurizio Sozio.

I volumi inseriti nella collana, ritenuti preliminarmente ammissibili dai Direttori con l'ausilio del Comitato Scientifico, sono sottoposti alla revisione tra pari [*peer review*] secondo i regolamenti attualmente vigenti per le pubblicazioni scientifiche.

Piero Marra

Per una moralità procedurale del diritto
Considerazioni attuali a partire da Lon L. Fuller

CACUCCI  EDITORE
BARI

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© 2022 Cacucci Editore – Bari

Via Nicolai, 39 – 70122 Bari – Tel. 080/5214220

<http://www.cacuccieditore.it> e-mail: info@cacucci.it

Ai sensi della legge sui diritti d'Autore e del codice civile è vietata la riproduzione di questo libro o di parte di esso con qualsiasi mezzo, elettronico, meccanico, per mezzo di fotocopie, microfilms, registrazioni o altro, senza il consenso dell'autore e dell'editore.

Indice

| | |
|--|----|
| <i>Preambolo</i> | 11 |
| | |
| 1. Una questione metodologica | |
| 1.0. La circoscritta notorietà di un filosofo originale | 17 |
| 1.1. Il doppio itinerario della riflessione filosofica di Lon L. Fuller | 19 |
| 1.2. Oblio e “pregiudizi” | 21 |
| 1.3. Le molte anime del pensiero fulleriano | 27 |
| 1.4. Metodologia critica | 32 |
| 1.4.1. Il giusrealismo | 33 |
| 1.4.2. Il giuspositivismo | 36 |
| 1.4.3. Un approccio procedurale | 39 |
| 1.5. L’influenza del modello giuridico americano | 40 |
| | |
| 2. La moralità intrinseca del diritto | |
| 2.0. Morale e diritto | 45 |
| 2.1. <i>Morality of duty</i> e <i>morality of aspiration</i> | 46 |
| 2.1.1. <i>Essere e dover essere</i> | 51 |
| 2.1.2. Un confronto tra morale ed economia dello scambio e dell’utilità marginale | 52 |
| 2.1.3. Il labile confine tra le due morali | 55 |
| 2.2. <i>Inner morality of law</i> | 57 |
| 2.2.1. Otto precetti della morale procedurale | 59 |
| 2.2.1.1. Generalità | 60 |
| 2.2.1.2. Pubblicità | 61 |
| 2.2.1.3. Tendenziale irretroattività | 62 |
| 2.2.1.4. Chiarezza | 66 |

| | |
|--|----|
| 2.2.1.5. Non-contraddittorietà | 67 |
| 2.2.1.6. Efficacia | 67 |
| 2.2.1.7. Stabilità | 70 |
| 2.2.1.8. Congruenza | 71 |
| 2.2.2. Elementi ideali per una definizione della legalità | 73 |
| 2.3. <i>External morality of law</i> | 75 |
| 2.3.1. Il problema dell' <i>in-group</i> | 77 |
| 2.3.2. Il diritto come esperienza dell'intenzionalità morale umana | 78 |
| 2.3.3. Il legame tra <i>inner</i> ed <i>external morality</i> | 81 |
| 2.4. Onto-assiologia del diritto | 82 |

3. Il «buon ordine» e i suoi principî

| | |
|---|-----|
| 3.0. La teoria del «buon ordine» | 83 |
| 3.1. Il nesso mezzo-fine e le forme per realizzare l'ordine sociale | 85 |
| 3.2. Processo, mediazione, contratto e consuetudine, legislazione | 88 |
| 3.3. La direzione manageriale | 92 |
| 3.3.1. La diversa prospettiva del legislatore e del <i>manager</i> | 93 |
| 3.3.2. Le differenti e inconciliabili visuali di Fuller e Hart su moralità della legge e validità formale | 95 |
| 3.4. La «libertà positiva» e la «libertà negativa» | 106 |
| 3.5. La <i>notion of purpose</i> | 109 |
| 3.6. <i>Rule of law</i> | 111 |

4. Il diritto tra forme esplicite ed implicite

| | |
|---|-----|
| 4.0. La dimensione implicita dell'esperienza giuridica | 113 |
| 4.1. Convenzionalismo di <i>common law</i> | 114 |
| 4.2. Forme di diritto implicito: <i>customary law</i> e <i>common law</i> | 115 |
| 4.3. Forme di diritto esplicito: <i>contract law</i> e <i>enacted law</i> | 118 |
| 4.4. <i>Made law</i> e <i>implicit law</i> | 119 |
| 4.5. La morale dell'intenzionalità | 126 |

| | | |
|--------|--|-----|
| | <i>Indice</i> | 9 |
| 4.5.1. | Intenzionalità e ragionamento giuridico | 128 |
| 4.5.2. | Intenzionalità e validità giuridica nell'attività giurisdizionale | 132 |
| 4.6. | L'idea del soggetto implicita nella giuridicità | 134 |

5. Procedure e calcoli giuridici: compatibilità e prospettive

| | | |
|--------|---|-----|
| 5.0. | Significati della moralità procedurale | 137 |
| 5.1. | Tre tesi per una metodologia attuale | 138 |
| 5.2. | Logica del diritto e logica del calcolo | 140 |
| 5.2.1. | Calcolabilità dei processi senza procedure | 141 |
| 5.2.2. | Calcolabilità della decisione senza ermeneutica | 143 |
| 5.3. | L'intenzionalità del diritto | 148 |

Indicazioni bibliografiche

| | | |
|------|-------------------------------|-----|
| i. | <i>Opere di Lon L. Fuller</i> | 151 |
| i.1. | Monografie | 151 |
| i.2. | Articoli | 152 |
| i.3. | Recensioni | 158 |
| i.4. | Traduzioni | 159 |
| ii. | <i>Meta-bibliografia</i> | 159 |

| | | |
|--|------------------------|-----|
| | <i>Indice dei nomi</i> | 176 |
|--|------------------------|-----|

Preambolo

Forma dat esse rei.

Tommaso d'Aquino, *De ente et essentia*

Il concetto di diritto non è estraneo ai fatti. Né è irrelato alla metodologia che nell'esperienza ritrova il significato e il senso essenziali dell'attività pratica del giurista¹. È questo, peraltro, un tratto distintivo del diritto «post-moderno» chiamato con maggior frequenza a confrontarsi con la fattualità dei valori e degli interessi propri delle società contemporanee². E però, non vi è solo la fatticità [*Faktizität*] del reale a connotare il fenomeno. Anche la normatività [*Normativität*] ha il suo peso per la ragione giuridica, al di là di ogni visione formalistica che ignori la complessità dell'oggetto di cui si occupa. Così, se è vero che il diritto è legato al mondo dei fatti, è altrettanto vero che si tratta pur sempre di *fatti istituzionali* con un proprio statuto ontologico che deriva dalla norma. D'altro canto, anche il momento normativo è essenziale per *qualificare* i comportamenti sociali come atti giuridici. In questo senso, a voler richiamare Kant, si può dire che la società (*l'essere*) senza la norma è cieca, la norma (*il dover essere*) senza la società è vuota. Di qui la natura composita del concetto di diritto.

A cogliere tale basilare aspetto vi è il peculiare approccio del filosofo texano Lon Luvois Fuller (1902–1978). La sua spe-

¹ Il riferimento alla «metodologia giuridica» come discorso che presuppone la domanda su «cosa fa» il giurista è nel significato dato da Luigi Lombardi Vallauri, *Corso di filosofia del diritto*, Cedam, Padova, 1981², p. 4.

² Cfr. Paolo Grossi, *Storicità versus prevedibilità: sui caratteri di un diritto pos-moderno*, in *Questione Giustizia*, 4, 2018. Per ulteriori precisazioni Id., *Sulla odierna fattualità del diritto*, in *Giustizia Civile*, 1, 2014, pp. 11–25, ora in: *Ritorno al diritto*, Laterza, Roma/Bari, 2015 ed ancora Id., *Costituzionalismi tra 'moderno' e pos-moderno'. Tre lezioni suor-orsoliane*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017.

culazione si muove sull'impervio terreno di pensiero giuridico nord-americano. Pensiero per certi aspetti lontano (almeno con riferimento agli orizzonti di precomprensione, ai metodi e allo stile) dalla cultura filosofica continentale, poco avvezza ad epistemologie spiccatamente orientate al *case method*, e cioè alla discussione problematica di casi e decisioni giudiziarie. L'analisi del giusfilosofo, tuttavia, pur emergendo direttamente dalla pratica del diritto, si distingue in parte dal pragmatismo tipico della *jurisprudence* nord-americana. Lo dimostrano alcuni temi: il rifiuto di tutte le visioni riduttive che vedono nel diritto uno strumento violento, tecnica di efficienza, mezzo per l'uso della forza, mera regola dell'uso della forza; la negazione di ogni identificazione del fenomeno giuridico con quello di ordinamento statale; la critica ad una visione manageriale della giuridicità; la rilevanza delle «leggi naturali dell'ordine sociale» preesistenti al diritto e necessarie per coglierne la vera natura; infine, l'analisi degli elementi impliciti al diritto esplicito, che manifestano il legame ontologicamente «polare» tra diritto e morale, tra fatto e valore.

Si tratta di una meditazione stimolante e originale aperta a una vera e propria «scienza dell'esperienza della coscienza» [*Wissenschaft der Erfahrung des Bewußtsein*] per riprendere un'espressione hegeliana, che sconfessa prepotentemente la riduzione del diritto alla volontà a senso unico di chi “comanda”; oppure, su un versante straordinariamente immerso nella contemporaneità, la riduzione di processi decisivi del diritto alla costruzione “algoritmica” della realtà basata sulla logica del calcolo, quale unico criterio di misura dell'azione umana, logica stabilita sulla pre-determinazione (o pre-imposizione) a-critica di dati (e cioè di meri artefatti), senza alcuna considerazione della natura teleologica ed assiologica che è interna a quell'esperienza.

Sullo sfondo resta, dunque, la *Grundfrage*, la questione filosofica fondamentale solo in apparenza semplice: un diritto fondato esclusivamente su regole di efficienza è sufficiente a spiegare la complessità dell'ordine sociale?

Un interrogativo spinoso, ma di grande attualità, poiché tocca persino i problemi connessi alla «despazializzazione» delle regole, alla crisi dell'ordine giuridico territorializzato ad opera delle straordinarie risorse semiotiche digitali capaci di separare

spazio geometrico da spazialità vissuta³, sino alla piena comprensibilità del pensiero calcolante a motivo di meccanismi di deresponsabilizzazione del soggetto agente⁴.

Nella riflessione di Fuller si possono rinvenire, più o meno apertamente, spunti di riflessione non usuali. A partire dalla metodologia di «andare verso le cose stesse» [*zu den Sachen selbst*] propria della fenomenologia come scienza dell'essenza dei fenomeni. Con tale approccio, il giusfilosofo supera sia le riduzioni giuspositiviste del diritto a semplici atti di posizione del legislatore, sia quelle giusrealiste alla predizione di ciò che le corti *effettivamente* faranno. Da qui guarda al fenomeno giuridico attraverso il significato normativo delle *procedure* nel contesto degli atti di interazione sociale. Alcune di queste includono le regole di costume, l'ordine contrattuale, la legislazione, l'arbitrato, la mediazione e il processo. Istituti che, in diversa misura, sono a loro volta richiamati su base procedurale.

I principî dell'ordine sociale pensati da Fuller restano, tuttavia, per gran parte inespressi. E ad afferrare il ruolo e le proprietà di tale dimensione tacita vi è l'euristica della «morale dell'intenzionalità»: la sola adatta ad accordare armonicamente tutti gli elementi, fattuali e valoriali, integrandoli nella complessa impresa di produrre ed applicare le norme giuridiche. Impresa che, in questo modo, non può che essere *fondamentalmente* umana, poiché solo il soggetto si mostra capace di comprendere il carattere intrinsecamente teleologico dell'attività giuridica.

Ebbene, non vi è dubbio che il fondamento procedurale dell'ordine sociale rappresenti una felice intuizione di Fuller. Fondamento che, senza cadere in facili riduzionismi, gli consente di aprire l'esperienza giuridica al mondo dei valori. In un modo del tutto particolare, poiché la moralità delle procedure non si confronta con i sostanzialismi (in cui l'idea di bene è *primum* rispetto alle procedure), ma rimane comunque intrinseca a quell'esperienza: ogni attività comunicativa, tra cui vi è il diritto, si costruisce sulle sue procedure interne. Ed anche queste hanno implicazioni morali.

³ Il riferimento è ad Antoine Garapon, *La despaializzazione della giustizia*, Mimesis, Milano, 2021.

⁴ Bruno Romano, *Algoritmi al potere. Calcolo giudizio pensiero*, Giapichelli, Torino, 2018.

Si deve pure ammettere che la riflessione fulleriana resta condizionata dalle categorie della tradizione giuridica di *common law*; ciononostante, le considerazioni sulle *procedure giuridiche* e sulla loro *moralità intrinseca* guardano oltre, interessando anche i sistemi di *civil law*. Si pensi, solo per citare qualche esempio, alla formazione essenzialmente casistica del diritto dell'Unione Europea che, in un contesto di pluralità di fonti "codificate", persegue lo scopo di fissare un livello minimo di protezione dei diritti (in cui diritto e morale sembrano confondersi) con un'attività pratica che si avvicina di molto alle logiche della «morale dell'intenzionalità». E si potrebbe ancora considerare il ruolo centralissimo ricoperto, anche a livello europeo, dalla indeterminatezza delle clausole generali (come quella di "buona fede") che richiedono il necessario intervento integrativo delle corti, o ai tanti casi riconducibili alla figura dell'"abuso del diritto" al cospetto delle emergenze del nostro tempo. Questi fenomeni sembrano dare conto del peso che le procedure possono avere nella formazione ed esecuzione di regole giuridiche, combinando *in un uno* il nominalismo (secondo cui le norme sarebbero solo un nome privo di senso senza la società) con la visione opposta (si direbbe propria del concettualismo logico) in base alla quale il diritto si ridurrebbe alla sola validità, a prescindere dalle interazioni sociali che lo alimentano.

La tesi, allora, è chiara. Se da un lato i principî procedurali *à la Fuller* sembrano essere indifferenti alla meta-etica, non per questo sono avulse da un preciso senso morale. Almeno in un doppio significato. In primo luogo, perché solo osservando tali condizioni implicite alla giuridicità è possibile costruire un ordine che possa autenticamente definirsi "buono". È il primo senso del carattere intrinsecamente morale delle procedure. In secondo luogo, queste si legano direttamente all'autonomia e alla libertà del soggetto come agente responsabile che è *fine in sé* e non semplice *mezzo*. Le procedure giuridiche, in altri termini, esprimono *in sé* un valore fondamentale (si direbbe un *Grundwert*) rinvenibile nell'uomo e nelle sue capacità comunicative e relazionali.

L'attualità del pensiero fulleriano si gioca proprio sul valore dato al soggetto. Non è, infatti, superfluo tornare a parlare (o ri-appropriarsi) del soggetto nel momento in cui è messo in discussione, se non, addirittura, negato (si pensi, tra l'altro, all'ir-

resistibile rivoluzione *cibernetica*). Un percorso per certi versi già vissuto nella *macrostoria* di verità irretrattabili per la scienza giuridica che oggi giunge a nuove «rivoluzioni spaziali»⁵. Si tratta di un esito che impone sempre nuove riflessioni sul futuro dell'umanità, messa di fronte, soprattutto, ai grandi e inediti orizzonti della tecnica.

Da questo punto di vista il pensiero di Fuller dischiude scenari interessantissimi per ogni teoria che voglia intravedere nell'idea di procedura il medio tra diritto e società in senso kantianamente trascendentale. È questa la vera chiave di volta dell'architettura fenomenologica fulleriana.

La presente ricerca – come si è compreso – non ha un andamento storico-cronologico, ma tematico; per tale ragione è stato dato maggiore spazio a quegli argomenti che sembravano più direttamente connessi alla tesi fondamentale della *moralità intrinseca delle procedure*, secondo cui le istanze della morale *procedono* internamente alla ragione giuridica e si collegano a veri postulati della moralità che “procedimentalizza” il potere aprendolo all'alterità e alla regola essenziale di reciprocità propria dell'esperienza giuridica.

In tal senso, il primo capitolo intercetta la *pars destruens* della critica fulleriana al formalismo giuridico, negli anni del dibattito tra la vecchia teoria formalistica del diritto ed il nuovo approccio realista.

Il secondo presenta le tre chiavi di lettura che meglio tratteggiano la visione prospettica di Fuller, e il suo concetto di diritto, intorno principalmente ai precetti della morale procedurale. Ha inizio così la *pars costruens* che vede in rassegna, con il terzo capitolo, le principali forme di interazione alla base del «buon ordine sociale», osservando attentamente la dimensione *manageriale* pronta a ridurre lo stesso diritto alla logica dell'efficienza, logica evidentemente opposta al carattere dialettico e comunicativo implicito ad ogni discorso che si possa definire sino in fondo “giuridico”.

Il quarto capitolo, infine, introduce il concetto fulleriano di «diritto implicito», concetto arricchito dal *focus* di alcuni fenomeni dell'esperienza comune in cui meglio si rintracciano il le-

⁵ Carl Schmitt, *Land und Meer. Eine weltgeschichtliche Betrachtung*, Klett-Cotta, Stuttgart: trad. it., *Terra e mare. Una riflessione sulla storia del mondo*, Adelphi, Milano, 2002.

game necessario tra diritto e morale, insieme al ruolo decisivo dell'intenzionalità umana come orizzonte imprescindibile della valutazione giuridica.

Sullo sfondo, sempre gli scenari di grandi mutamenti, soprattutto informativi, che tornano a porre interrogativi fondamentali sul concetto di diritto, e che chiedono a maggior ragione di partire proprio dalle procedure, più che dai contenuti, per guardare aristotelicamente ancora alla forma come alla causa con cui tutte le cose vengono ad esistenza. *Forma dat esse rei.*