



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL
ISSN: 2036-2528

Anna Pintore

Il dovere della sfiducia

Numero Speciale Anno 2022

Il lato oscuro della legge

(a cura di F. Mancuso e V. Giordano)

Materiali dai seminari del PRIN 2017

‘The Dark Side of Law’

www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile
Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. de Chile), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno)

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Campania L. Vanvitelli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciunglio (Univ. Torino)

Redazione

M. Beghini (Univ. Verona), M. Bramante (Univ. Telematica Pegaso), P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), C. De Cristofaro (Univ. Roma La Sapienza), N. Donadio (Univ. Milano), A. Guasco (Univ. Giustino Fortunato) P. Pasquino (Univ. Salerno)

Segreteria di Redazione

C. Cascone, G. Durante, M.S. Papillo

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro
Via R. Morghen, 181
80129 Napoli, Italia
Tel. +39 333 4846311

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007
Provider Aruba S.p.A
Piazza Garibaldi, 8
52010 Soci AR
Iscr. Cam. Comm. N° 04552920482
P.I 01573850616 – C.F. 04552920482.

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche
(Scuola di Giurisprudenza)
Università degli Studi di Salerno

I saggi che compongono questo numero speciale di Teoria e Storia del Diritto Privato sono stati sottoposti al giudizio di due Referees con il sistema del 'double blind'.

In Redazione per questo numero speciale: M. Luciano (Univ. Salerno), P. Pasquino (Univ. Salerno)

Il dovere della sfiducia

SOMMARIO: 1. Due modelli – 2. Modello sfiduciario o modello imperativista? – 3. Quale fiducia? – 4. Coercizione oppure fiducia? – 5. Diritto in generale o diritto giusto? – 6. Il dovere della sfiducia

1. *Due modelli*

È possibile e utile, in filosofia del diritto, contrapporre un modello ‘sfiduciario’, dominato dalla coercizione e imperniato sulla minaccia e sul timore della sanzione a un modello ‘fiduciario’, basato sulla responsabilità dei cittadini nell’assolvimento dei propri doveri, sulla cooperazione e sulla solidarietà? Secondo Tommaso Greco questa contrapposizione è imprescindibile e anzi illuminante. Il raffronto tra i due modelli antagonisti, ad avviso dell’autore, dovrebbe indurci a rigettare la raffigurazione del diritto come strumento essenzialmente coercitivo e a recuperare l’immagine, invero già presente in molte sue pieghe, del diritto come meccanismo che si fonda sulla fiducia e che a sua volta concede fiducia, ai semplici cittadini così come ai titolari di poteri giuridici. Un’immagine non di tipo verticale, come quella sfiduciaria basata sulla disparità di potere tra autore e destinatari dei precetti giuridici e sul timore della sanzione dal primo minacciata, bensì orizzontale e relazionale, fatta di rapporti tra pari, che ubbidiscono al precetto giuridico non per timore di conseguenze negative ma per senso civico, *fair play*, per ricambiare con pari moneta la fiducia di cui si è destinatari.

Nel recente volume di Tommaso Greco, *La legge della fiducia*, troviamo delineata una intera concezione del diritto che usa come concetto *pivot*

appunto quello di fiducia¹. In questa sede mi soffermerò solo su alcuni aspetti di questo importante lavoro, concentrandomi su quelli da cui dissento più nettamente.

Dai cenni di poc'anzi emerge in modo chiaro che il *villain* della storia raccontata da Greco è senz'altro la coercizione. In verità, nel quadro da lui tracciato quest'ultima non è completamente latitante; tuttavia, come vedremo, essa compare solo in una versione moralizzata secondo me inaccettabile.

Come dirò, l'errore di fondo dell'autore mi pare sia quello di concepire la fiducia e la coercizione come due tratti del diritto (e delle concezioni del diritto) tra loro antagonisti. Ciò risulta evidente fin dalla contrapposizione tra un modello fiduciario e uno sfiduciario, che rappresenta l'ossatura del libro.

Credo che i libri degni di maggiore apprezzamento appartengano a due categorie: quelli che esprimono le idee del lettore meglio di quanto saprebbe fare quest'ultimo, e quelli che esprimono al meglio le idee a cui il lettore è ostile. Anche se nelle pagine che seguono non mi soffermerò sulle molteplici qualità del lavoro di Greco, spero risulti evidente che esso appartiene a quest'ultima categoria, che tra le due per me è di gran lunga la più importante.

2. *Modello sfiduciario o modello imperativista?*

A ben guardare, il 'paradigma sfiduciario' come raffigurato da Greco presenta tutte le caratteristiche tipiche del vetusto (e vieto) imperativismo: esso s'impenna infatti sulla minaccia della sanzione come strumento elettivo e addirittura come unica funzione del diritto; postula una connessione definitoria tra obbligo e sanzione, talché la mancanza della sanzione esclude l'esistenza di obblighi giuridici veri e propri; identifica nel timore della sanzione l'unico motivo di obbedienza al diritto.

Ho l'impressione che su questo punto Greco, non so quanto consapevolmente, compia l'operazione di costruirsi un avversario di

¹ T. GRECO, *La legge della fiducia*, Roma-Bari, 2021.

comodo, forse al fine di enfatizzare la distanza delle tesi criticate dalle proprie – una mossa di cui egli non avrebbe in realtà bisogno dato che la chiarezza delle sue argomentazioni non lascia adito a dubbi. Come che sia, nessun teorico del diritto oggi, a mia conoscenza, difende le idee da lui avversate. Le tesi principali dell'imperativismo sono state infatti smantellate ormai da oltre un secolo, proprio da uno dei campioni del 'modello sfiduciario' criticati da Greco ossia Hans Kelsen, ben prima del contatto di questo autore col pensiero di John Austin. Come tutti sanno, si deve poi a Hart il merito di essersi sbarazzato in modo definitivo di tutti i residui di imperativismo presenti nella teoria giuridica, nonché di alcuni errori legati al tema della coercizione persistenti nel pensiero kelseniano: in primo luogo la riduzione delle norme giuridiche a un unico modello, quello del giudizio ipotetico sanzionatorio indirizzato ai funzionari piuttosto che ai cittadini; in secondo luogo il nesso concettuale instaurato tra obbligo giuridico e sanzione. Non è un caso che il dibattito filosofico-giuridico, dopo le critiche di Hart e dopo la messa a punto del tema compiuta da Bobbio, non abbia più indugiato su tali questioni.

Le idee che mi paiono ormai acquisite al riguardo, almeno nel mondo continentale, possono essere ricapitolate nel seguente modo.

In primo luogo, la coercizione ha un ruolo cruciale nella definizione stessa del diritto, e di conseguenza nella individuazione del diritto di volta in volta vigente. Questo significa che ogni concezione del diritto, quali che ne siano gli svolgimenti ulteriori, deve come minimo includere l'elemento della coercizione nella propria definizione, pena il riferirsi a un'area sociale diversa da quella considerata giuridica sia dal senso comune sia dal pensiero giuridico del passato e del presente.

In secondo luogo, coercizione nel diritto non equivale né alla forza fisica in atto né alla minaccia della forza fisica sotto forma di sanzioni. Indica piuttosto, almeno per quel che riguarda il diritto statale, la monopolizzazione ossia il controllo e la gestione di tutti gli usi potenziali o attuali della forza fisica esplicabile socialmente, sia che essa si manifesti in sanzioni, sia che si manifesti in attività o apparati altrimenti restrittivi e costrittivi, quali possono essere sequestri, fermi, muri, fili spinati, posti di blocco, ecc. La sanzione è dunque solo una delle manifestazioni della

coazione giuridica, ancorché di certo la più visibile e caratterizzante. Questo perché è alla sua minaccia che il diritto tipicamente ricorre per segnare una differenza pratica nelle scelte d'azione dei singoli, ossia per riuscire a farci fare cose che in sua mancanza non faremmo².

In terzo luogo, la coercizione non può essere qualificata come funzione o fine del diritto e non mi pare sia stata mai considerata in tal modo da alcuno. Essa è semmai, kelsenianamente, un mezzo, uno strumento disponibile per i fini più disparati, buoni o malvagi che siano. Mette conto qui sottolineare che gli obiettivi perseguiti (nella misura in cui siano univocamente identificabili) costituiscono un elemento fondamentale ai fini della giustificazione dell'uso o della minaccia della coazione e che in generale quest'ultima necessita sempre di giustificazione, essendo un male perché produttiva di sofferenze agli esseri umani.

In quarto luogo, asserire che il diritto per indurre i propri destinatari ad ottemperare alle proprie norme usa come strumento tipico la sanzione non equivale né implica in alcun modo ritenere che l'unico motivo di obbedienza al diritto, o anche solo il principale, più frequente o tipico sia il timore della sanzione. La minaccia della sanzione può certo produrre nei suoi destinatari un preciso stato psicologico, sia esso di timore o d'altro genere, ma questo non è inevitabile, tanto più che spesso e volentieri i destinatari dei precetti giuridici ne ignorano il contenuto, ed è chiaro che non si può essere motivati da ciò che non si conosce.

In quinto luogo, un diritto che non possa contare sull'obbedienza spontanea di almeno una parte (di solito maggioritaria) dei suoi destinatari e, aggiungerei, sulla adesione per ragioni anche morali di una quota di costoro, se mai è esistito in società complesse come le nostre, è certamente destinato a vita brevissima: non si può affiancare un

² Per dirla con F. SCHAUER, *The Force of Law*, Cambridge (MA), 2015, 1. Beninteso, a tal fine il diritto non ricorre solo alla sanzione ma anche a tecniche normative d'altro tipo (oneri, *nudges*) oltre che a ideologie di giustizia e di autolegittimazione. Nella teoria giuridica angloamericana odierna è in atto un'elaborata ma temo poco proficua discussione su 'diritto e differenza pratica'.

carabiniere a ogni cittadino, e un carabiniere al primo carabiniere, e via dicendo.

Se si tengono presenti tutti questi punti ci si rende conto che il ‘paradigma sfiduciario’ raffigurato da Greco ha ben pochi punti di contatto con la visione coercitivistica del diritto di cui ho sintetizzato poc’anzi gli elementi principali. Si noterà che tale visione si compone (non solo ma anche) di truismi che riguardano l’identificazione dell’area della giuridicità e i meccanismi basilari di funzionamento e di esistenza in vita di ogni diritto. Ne segue che ogni discorso relativo al diritto, anche quello concernente il ruolo della fiducia al suo interno, non può che muovere da essi.

3. *Quale fiducia?*

Negli studi in tema di fiducia è d’uso segnalare in via preliminare una certa allusività, il carattere sfuggente, l’indeterminatezza e l’equivocità di tale concetto, nonché il rischio di una sua indebita assimilazione a concetti diversi quantunque collegati, come quelli di cooperazione, di solidarietà e di altruismo³. E sono varie le distinzioni analitiche proposte al fine di attenuare i difetti semantici che affliggono tale nozione. Solo a titolo d’esempio si possono citare la distinzione di Georg Simmel tra fiducia come fede e fiducia come forma debole di sapere induttivo⁴; quella di John Dunn tra fiducia come sentimento o disposizione d’animo e fiducia come modalità dell’azione umana tesa a far fronte all’incertezza⁵; quella di Niklas Luhmann tra familiarità, confidenza e

³ Cfr. *Le strategie della fiducia. Indagini sulla razionalità della cooperazione*, a cura di D. Gambetta, Torino, 1989, *passim*; *Democracy and Trust*, ed. by M.E. Warren, Cambridge, 1999, *passim*; A. MUTTI, voce *Fiducia*, in *Enciclopedia delle scienze sociali*, 4, Roma, 1994: https://www.treccani.it/enciclopedia/fiducia_%28Enciclopedia-delle-scienze-sociali%29/; L. SCIOILA, *Fiducia e relazioni politiche*, in *Parolechiave*, 2, 2009; F. RICCOBONO, *Fiducia, fede, diritto*, in *Parolechiave*, 2, 2009; L. BIANCHI, S. LIANI, *Fidarsi della fiducia? Uno studio sull’intensione del concetto*, in *Quaderni di Sociologia*, 74, 2017: <https://journals.openedition.org/qds/1709>

⁴ G. SIMMEL, *Filosofia del denaro*, Torino, 2013 (ed. digitale).

⁵ J. DUNN, *Fiducia e agire politico*, in *Le strategie*, cit., 95 ss.

fiducia⁶; quella di Eric Uslaner tra fiducia strategica e fiducia moralistica⁷. Non tutte queste distinzioni sono tra loro alternative, anzi alcune sono tra loro sovrapponibili, in tutto o in parte.

Da tali analisi emerge che all'interno della indistinta nozione di fiducia è possibile isolare uno spettro di credenze, atteggiamenti e disposizioni individuali diversi e in certa misura irrelati⁸. Un criterio per distinguerli e ordinarli potrebbe essere il ruolo maggiore o minore giocato in essi dalla dimensione cognitiva oppure di quella pratico/valutativa. Partendo da un massimo di investimento emotivo/affettivo e un minimo di investimento cognitivo, si potrebbe dunque distinguere, senza pretese di esaustività, tra: a) fiducia come fede, nel senso in cui si parla ad esempio di fede in un Dio⁹; b) fiducia come assunzione del rischio che il beneficiario dell'investimento fiduciario tenga una condotta a noi favorevole o non dannosa ('lo conosco: manterrà la parola data'); c) fiducia come aspettativa di continuità dell'ordine naturale e sociale in cui si è immersi; in specie, per quel che riguarda il mondo sociale, aspettativa che gli individui si attengano di norma ai ruoli rivestiti e rispettino le convenzioni e le regole sociali consolidate¹⁰ (mi aspetto che il tassista mi porti a destinazione e non se ne stia impalato senza ragioni plausibili); e infine d) fiducia ontologica circa l'invarianza di alcune caratteristiche basilari degli individui e del mondo, come la persistenza dell'identità personale o la convinzione che esista il mondo esterno¹¹. Queste

⁶ N. LUHMANN, *La fiducia*, trad. it., Bologna, 2002; ID., *Familiarità, confidare e fiducia: problemi e alternative*, in *Le strategie*, cit.

⁷ E.M. USLANER, *The Moral Foundations of Trust*, Cambridge, 2002.

⁸ Interpreto con estrema libertà concetti e distinzioni rinvenibili fra l'altro nei lavori degli autori citati nelle note precedenti.

⁹ Che non è, nonostante il titolo della sua celebre prolusione, il senso in cui Calamandrei parlava di fede nel diritto. P. CALAMANDREI, *Fede nel diritto*, Roma-Bari, 2008.

¹⁰ Questo è un senso di fiducia che in inglese viene reso con *confidence* più che con *trust* e che suppone, sul piano cognitivo, quella che Luhmann chiama familiarità. Importanti al riguardo gli studi di etnometodologia. Cfr. H. GARFINKEL, *La fiducia. Una risorsa per coordinare l'interazione*, trad.it., Roma, 2004.

¹¹ Qui reinterpreto in modo restrittivo quella che Anthony Giddens denomina fiducia ontologica, che include nella versione di questo autore tanto la metafisica del senso comune, quanto il rapporto di familiarità col mondo di cui parla Luhmann, che qui ho

distinzioni non vanno certo intese come tagli netti, dato che ciascuno dei vari significati può trascolorare negli altri: ad esempio la fiducia in senso stretto può lambire la fede (o addirittura trasformarsi in fede ‘cieca’, come si suol dire) oppure finire per assimilarsi a una più tiepida aspettativa di regolarità che si tende a dare per scontata. È altresì chiaro che gli atteggiamenti meno emotivamente colorati (e meno consapevoli) rappresentano il presupposto di quelli che lo sono di più. La fiducia ontologica è il presupposto della nostra relazione di familiarità col mondo, ed entrambe lo sono del confidare, che a sua volta lo è della fiducia in senso stretto e della fede.

Non è questa la sede adatta per dilungarsi su tali distinzioni, che andrebbero di certo approfondite e precisate anche in relazione ai concetti di incertezza, probabilità e rischio a cui sono collegate.

Le accezioni di ‘fiducia’ che più rilevano in un discorso sul diritto sono sicuramente la b), che denota quella che si potrebbe chiamare fiducia *stricto sensu*, la quale comporta sul piano dell’azione la scelta, compiuta in condizioni d’incertezza, di accollarsi il rischio che il suo beneficiario non tenga la condotta oggetto dell’aspettativa fiduciaria (ad esempio, che non mantenga la parola data); e la c), che si potrebbe chiamare fiducia *lato sensu* o affidamento che consiste, come si è detto, nel confidare nel rispetto generalizzato dei compiti collegati ai ruoli sociali, delle convenzioni e delle regole che modellano le relazioni sociali (ad esempio, mi aspetto che tassisti, salvo imprevisti, mi porti a destinazione). Per quanto contigui e in buona misura difficili da separare, tali due sensi andrebbero tenuti distinti perché denotano atteggiamenti soggettivi diversi tanto sul piano cognitivo quanto sul piano valutativo e delle scelte d’azione e, di conseguenza, perché nulla esclude che seguano metriche diverse.

Greco sceglie espressamente di non affrontare i problemi concettuali e definitivi che investono la nozione posta al centro del suo lavoro. Questa opzione giova indubbiamente alla fluidità del suo discorso ma porta altresì ad avvalorare la tesi dell’onnipresenza della fiducia nel

inquadro *sub c)*: A. GIDDENS, *Le conseguenze della modernità*, trad. it., Bologna, 1994, 96 ss.

diritto, oltre che a colorare le forme di fiducia ‘fredde’ (perché connaturate al nostro modo d’essere e al rapporto che intratteniamo col mondo in cui viviamo) con toni più caldi sul piano emotivo e valoriale.

Così, affermare che il diritto si fonda interamente sulla fiducia e la presuppone come propria condizione di esistenza, è indubbiamente vero anzi sacrosanto. Il diritto come parte costitutiva del sistema sociale presuppone infatti l’esistenza di caratteristiche basilari del nostro essere e della struttura del mondo, oltre che di regolarità dei fenomeni naturali e dei comportamenti sociali, nonché il nostro investimento cognitivo e valutativo, consapevole o meno che sia, su tutto ciò: in mancanza di un tal genere di fiducia vivremmo paralizzati dalla paura di un mondo imprevedibile e indecifrabile; società e diritto sarebbero impossibili¹². L’esistenza del diritto, di ogni diritto, si lega al fatto che le aspettative che nutriamo nei confronti dei nostri simili vengano in buona misura regolarmente soddisfatte, cioè che normalmente ci si comporti come ci si deve comportare, e che quindi l’investimento fiduciario sulle condotte altrui non sia (almeno non di solito) una scommessa irrazionale oppure un atto di fede cieca. Voglio dire che il diritto in quanto parte inestricabile della società è sia una componente fondamentale di queste regolarità sia il veicolo privilegiato di un loro consolidamento (vedi *infra*). Si può dunque sottoscrivere l’affermazione di Greco per cui la fiducia è «non solo “una dimensione inevitabile della vita sociale”, ma persino una componente essenziale della vita giuridica»¹³.

Se tutto questo vale senz’altro per la *confidence*, la fiducia *lato sensu*, è difficile essere altrettanto netti per quel che riguarda la fiducia *stricto sensu*. La ragione basilare, come sostiene Luhmann, in ciò profondamente avversato da Greco, è che il diritto interviene proprio per ridurre con strumenti coercitivi il rischio insito nel concedere fiducia e appresta rimedi nei casi in cui la fiducia sociale sia stata malriposta. La disciplina civilistica della buona fede, le norme a tutela dell’affidamento, la

¹² Per Luhmann la fiducia è un meccanismo di riduzione dell’incertezza e della complessità sociale: N. LUHMANN, *La fiducia*, cit., 23 ss., 35 ss.

¹³ T. GRECO, *La legge*, cit., 13. Le parole tra virgolette all’interno della citazione sono di D. GAMBETTA, *Premessa*, in *Le strategie*, cit., 8.

protezione penalistica della fede pubblica, con l'apparato coercitivo che sorregge tutto ciò, sono strumenti apprestati per minimizzare l'eventualità che le relazioni giuridiche siano paralizzate dal timore o si trasformino in una sorta di roulette russa.

Inoltre nel diritto, come nel resto della società¹⁴, è importante disarticolare la fiducia *stricto sensu* in base all'identità dei suoi diversi prestatori e beneficiari nonché alla sua direzione di orientamento. Infatti, un conto è, per un privato cittadino, riporre fiducia in un altro privato cittadino, ad esempio l'altro contraente, un altro conto è riporre fiducia nel titolare di un potere giuridico, oppure in questa o quell'altra istituzione astratta dalle sue incarnazioni personali, o ancora nel diritto nel suo complesso (qualunque cosa ciò significhi). Un altro conto ancora è che l'investimento fiduciario proceda in direzione inversa, dal singolo funzionario, dall'istituzione oppure dal diritto generalmente inteso, verso il privato cittadino¹⁵.

Greco prende in considerazione alcune di queste distinzioni e svolge considerazioni assai fini e persuasive sulle ingiustizie di un diritto che sistematicamente, nelle sue molteplici articolazioni, deneghi fiducia ai propri cittadini o ai propri funzionari. Il suo discorso, nei momenti meno ottimisti, è palesemente condotto avendo come punto di riferimento il diritto italiano e i suoi molteplici e ahimé noti difetti. Si può convenire senz'altro sulla sua critica all'inclinazione italica a trattare ogni cittadino come un potenziale trasgressore da mantenere sulla retta via avviluppandolo nelle pastoie normative più assurde; ma occorre riconoscere che talora è difficile distinguere un diniego di fiducia da una attitudine paternalista (il cittadino visto come un minorenne da mettere in riga a colpi di leggi), oppure dall'obiettivo nascosto di perpetuare l'elefantiasi e quindi il potere della burocrazia. Ma potrebbe anche

¹⁴ Non bisogna trascurare l'importanza ascritta, nelle scienze sociali, alla distinzione tra fiducia interpersonale e sistemica.

¹⁵ Inoltre, è problematico parlare di fiducia da parte di un'istituzione giuridica o del diritto in generale nei confronti del singolo, e non solo per via della prosopopea sottintesa. Come accenno nel testo, in ambedue i casi si tratta di categorizzare in termini di fiducia/sfiducia contenuti normativi spesso leggibili in modi differenti.

trattarsi di pura e semplice irrazionalità o, per chiamarla col suo nome, di stupidità dei decisori.

Greco secondo me sottovaluta un altro punto importante, ossia che i vari aspetti del rapporto diritto-fiducia possono seguire metriche differenti difficilmente suscettibili di generalizzazioni. Per limitarci al solo rapporto tra cittadino e istituzioni, ci viene ricordato utilmente da Sciolla che queste ultime non sono poste tutte alla stessa distanza dall'individuo¹⁶; da ciò segue una probabile differenza, poniamo, tra l'atteggiamento del singolo nei confronti della circoscrizione di appartenenza e quello nei confronti del Consiglio di Stato. Inoltre le istituzioni sono di volta in volta impersonate da individui in carne e ossa, ed è plausibile che costoro siano valutati in modo almeno in parte indipendente dalle istituzioni che rappresentano, anche se la letteratura sociologica non mi pare abbia certezze al riguardo. Posso fidarmi moltissimo del Parlamento, ma posso al contempo e senza incoerenza fidarmi assai poco dei parlamentari attuali. Insomma, in questo campo pare azzardato formulare diagnosi univoche.

Si può ricapitolare il fin troppo lungo discorso che precede ribadendo che i rapporti tra diritto e fiducia intesa come affidamento (oltre che come familiarità e fiducia ontologica) sono indubbiamente simbiotici; viceversa, per quanto riguarda la fiducia in senso stretto è sconsigliabile procedere a generalizzazioni, essendo troppe e troppo sfaccettate le dimensioni da considerare.

Questione diversa è se il diritto possa fare a meno della cooperazione dei e tra i cittadini. La risposta non può che essere negativa, dato che nessuna società umana – meno che mai le società contemporanee – potrebbe sopravvivere senza cooperazione. Ma la cooperazione, pur contigua alla fiducia, è altro da essa, e i suoi rapporti di causa o effetto con la fiducia risultano problematici; inoltre essa, al pari della fiducia, non è necessariamente una buona cosa, come si dirà più avanti.

¹⁶ L. SCIOLLA, *Fiducia*, cit., 61.

4. *Coercizione oppure fiducia?*

Giungiamo così alla domanda: tra coercizione e fiducia esiste veramente antagonismo? Davvero il rapporto tra questi due elementi può essere ricostruito come un gioco a somma zero, in cui ove prevale la fiducia declina la coercizione, e viceversa? Dubito che le cose stiano così per almeno due ragioni, la prima di carattere generale, la seconda specificamente riferita al diritto.

In primo luogo, a livello sociale la fiducia, sia lato che *stricto sensu*, nasce e permane sullo sfondo di meccanismi coercitivi e sanzionatori. Pensiamo alla fiducia negli scambi commerciali in un'economia di mercato, che è strettamente collegata alla reputazione degli agenti economici, reputazione che ha la valenza di un premio fiduciario attribuito ai soggetti che manifestano competenza e/o affidabilità¹⁷. Ove la fiducia prestata nei suoi confronti venga disattesa, l'agente economico – individuo o azienda che sia – di norma cadrà sotto la scure della sanzione sociale del discredito, e quindi rischierà la perdita della clientela e l'estromissione dal mercato – una sorta di equivalente nella sfera economica dell'ostracismo sociale. Nel mondo digitalizzato, tale sanzione è ormai resa misurabile tramite gli odierni sistemi di rating nelle transazioni che avvengono su Internet. Se dai singoli soggetti economici passiamo agli stati, il meccanismo è uguale, ancorché foriero di esiti potenzialmente ben più drammatici: una volta che i creditori cominciassero a non fidarsi più della solvibilità di uno stato e perciò iniziassero a vendere i titoli sovrani detenuti o a non acquistarne più, l'esito catastrofico potrebbe essere quello del suo fallimento.

Al di là dei rapporti strettamente economici, è impossibile sottovalutare il ruolo della pressione sociale in ogni tipo di relazioni interpersonali, specie nelle società tradizionali ma certo non solo in esse, nell'alimentare l'osservanza delle regole sociali, l'attitudine al rispetto della parola data, l'integrità nella condotta esteriore dei singoli e quindi la fiducia reciproca tra i consociati. Mill al riguardo parlava della sanzione dell'opinione, che raffigurava come una forma di coercizione diffusa (e

¹⁷ Naturalmente il discorso non vale in situazioni di monopolio o oligopolio.

problematica tanto quanto quella statale)¹⁸. Ritengo che questa lettura decisamente prosaica dei rapporti tra coercizione e fiducia nel mondo sociale sia assai più realistica di quella tendenzialmente moralizzata proposta da Greco, il quale mi pare leghi semmai la fiducia ad un'attitudine virtuosa, a una disposizione altruistica/solidaristica dei singoli nei rapporti col prossimo. Non metto in dubbio che tali attitudini e disposizioni possano esistere ed essere più o meno diffuse a seconda delle società, non metto inoltre in dubbio che possano essere benefiche, ma ritengo più plausibile pensare che il motore per lo sviluppo di atteggiamenti altruistici e benevolenti sia lo sfondo coercitivo rappresentato dalle varie forme di controllo sociale.

Questa, in ogni caso, è la congettura formulata da Hart sul solco di Hobbes e di Hume in relazione al mondo giuridico. Trattando del contenuto minimo del diritto naturale, ossia delle condizioni imprescindibili per l'esistenza di ogni diritto, Hart ci ricorda infatti che sarebbe folle assoggettarsi a un sistema di vincoli in assenza di meccanismi coercitivi che colpissero chi desidera trarre vantaggio dai benefici del sistema senza assoggettarsi ai suoi costi. In questo quadro egli parla di necessità naturale delle sanzioni e osserva che ciò che la ragione ci chiede è la cooperazione volontaria nel quadro di un sistema coercitivo¹⁹. Bernard Williams si esprime in modo analogo quando osserva che «la presenza di sanzioni può modificare i vantaggi per un agente fondamentalmente egoistico, ma può anche assicurare un agente fondamentalmente cooperativo»²⁰.

Hart, con le sue brevi osservazioni, ci libera in un colpo solo da vari pregiudizi. Ci libera innanzi tutto dall'idea che coercizione e fiducia siano tra loro alternative: non lo sono, anzi sono complementari; in secondo luogo e più generalmente ci libera dalla convinzione che la coercizione sia antitetica all'obbedienza spontanea; in terzo luogo, ci libera dall'idea che la cooperazione sia necessariamente indicativa di una attitudine altruista. La realtà è che posso cooperare anche se non mi fido, perché

¹⁸ J.S. MILL, *On Liberty*, Harmondsworth, 1980.

¹⁹ H.L.A. HART, *The Concept of Law*, Oxford, 1962, 193.

²⁰ B. WILLIAMS, *Strutture formali e realtà sociale*, in *Le strategie*, cit., 6.

rassicurata dal paracadute che il diritto mi fornisce laddove nei miei rapporti col prossimo qualcosa vada storto. Hart ci libera infine dalla convinzione che l'immagine coercitivistica del diritto sottintenda un'antropologia cupamente hobbesiana. Non è infatti necessario dipingere i consociati come proclivi per natura alla dissimulazione e all'opportunismo e neppure ritenere che gli interessi che rappresentano il motore delle nostre azioni siano inevitabilmente egoistici.

È chiaro infine che la stessa regolarità nell'applicazione delle sanzioni ai trasgressori rappresenta un importante fattore d'incremento della fiducia.

Non v'è nulla di paradossale nella tesi per cui è proprio la coercizione giuridica ad essere sorgente e presidio di fiducia nelle relazioni sociali: precisamente come non v'è alcunché di paradossale nel rilevare che quel meccanismo fiduciario che è il denaro funziona e prospera grazie alla vigile presenza degli stati e delle loro banche centrali.

5. *Diritto in generale o diritto giusto?*

Ha perfettamente ragione Francesco Riccobono quando segnala che l'immagine resa oggi all'esterno dalla filosofia del diritto sia quella di una disciplina impegnata a costruire e diffondere una visione *edificante* del diritto²¹. E direi che in questo solco s'inserisce perfettamente il libro di Greco.

A ben guardare, tutto il discorso di Greco sulla scoperta o riscoperta e valorizzazione della dimensione fiduciaria del diritto verte non sul diritto in generale, come si potrebbe pensare, ma solo su uno specifico tipo di diritto, quello democratico e costituzionale: vale a dire il diritto che corrisponde al solo modello oggi considerato legittimo, e anzi una visione alquanto idealizzata dello stesso. Questa identificazione silenziosa tra il diritto in generale e il 'nostro' diritto è tutt'altro che inedita, sia tra i filosofi che tra i giuristi (basti citare Dworkin).

²¹ F. RICCOBONO, *La vocazione critica della teoria del diritto europeo e la questione dei valori*, in *L'Europa allo specchio. Identità, cittadinanza, diritti*, a cura di F. Cerrato e M. Lalatta Costerbosa, Bologna, 2020, 129.

Nondimeno, essa è alquanto deleteria, perché insinua sottilmente l'idea che il diritto – ogni diritto del passato e del presente, qui o altrove – per essere davvero tale debba possedere i tratti peculiari del *nostro* 'buon' diritto (e che quest'ultimo sia già come dovrebbe essere).

A me pare evidente che tale assunto sia fallace, e lo sia macroscopicamente. Se solo si facesse l'esperimento mentale di applicare le considerazioni dell'autore sul ruolo della fiducia nel diritto, che so, al diritto islamico o a quello cinese, ci si renderebbe subito conto che qualcosa, anzi molto, non torna e che l'immagine edulcorata del diritto che egli fornisce appare tutt'altro che generalizzabile. È pur vero che anche questi spregevoli ordinamenti giuridici, come ogni altro, necessitano per sopravvivere di una certa dose di fiducia nei vari sensi e nelle varie direzioni; nondimeno è arduo dipingere di rosa questa fiducia nei confronti dei poteri pubblici e degli stessi consociati. Tutti i buoni valori che Greco vede collegati a cascata alla fiducia, come orizzontalità, cooperazione, solidarietà e fraternità, in questi diritti impallidiscono fino a scomparire, oppure assumono valenze diverse, decisamente più sinistre²².

Quanto appena detto mi dà l'opportunità di sottolineare che le ottime cose che Greco ricollega alla fiducia, ad un esame più attento non si rivelano propriamente tali, perlomeno non sempre e inevitabilmente. In particolare, la cooperazione non è necessariamente indicativa di un'attitudine virtuosa da parte di chi la pratica: si può cooperare per commettere un crimine, oppure farlo obtorto collo perché non si vedono all'orizzonte alternative migliori e si può cooperare, anzi di norma si coopera, anche all'interno di un regime abietto per ottemperare alle norme abiette che esso impone. Inoltre, in certi ambiti la competizione può a buon diritto essere considerata superiore alla cooperazione: pensiamo all'economia²³. La solidarietà, a sua volta, non sempre è indicativa di un generoso moto d'animo altruistico, perché può

²² Si pensi all'inquietante *Social Credit System* introdotto da una dozzina d'anni in Cina, su cui, anche per una bibliografia iniziale, cfr. E. CONSIGLIO, *The Role of the Country of Origins Expert in Judicial Proceedings*, Napoli, 2021, 37 ss.

²³ Lo ricorda D. GAMBETTA, *Possiamo fidarci della fiducia?*, in *Le strategie*, cit., 276 ss.

essere intrusiva oltre che coatta, estorta dalla pressione coercitiva, cosa che accade non solo nelle superstiti società tradizionali ma in tutti i paesi dominati dalla Shari'a²⁴. Dal canto suo, la fiducia può in certi casi denotare un atteggiamento di spericolata irresponsabilità o di propensione al rischio francamente autolesioniste.

È poi problematico ridurre la coercizione a strumento giustificato dal fine della protezione dei deboli contro i forti. A dire il vero le tesi di Greco su questo punto non mi risultano chiarissime, forse perché è arduo stabilire se esse si collochino sul piano del dover essere oppure su quello dell'essere. Potremmo concedere sul piano normativo che la coercizione nel nostro 'buon' diritto sia sempre giustificata alla luce del fine indicato da Greco (ma vedi *infra*). Questo non dovrebbe però intaccare, sul piano descrittivo, la constatazione della sua onnipresenza in ogni forma di diritto conosciuta e del suo uso ad ogni fine possibile e immaginabile. In definitiva, non è chiaro se per l'autore la coercizione nel diritto ci sia solo quando deve esserci oppure (purtroppo ma inevitabilmente) ci sia anche quando non dovrebbe esserci. Non mi è chiaro dunque se, sul piano definitorio e teorico, Greco sia disposto o meno a sottoscrivere l'idea che nessun diritto possa esistere in assenza di un potere coercitivo organizzato e del controllo monopolistico della forza fisica, secondo la lezione di Bobbio, siano buoni o malvagi gli usi che esso fa della forza fisica. Egli su questo punto pare combattuto. Da un lato evoca la formula di Radbruch e gli argini all'ingiustizia che ogni diritto degno di questo nome dovrebbe edificare, dall'altro lato sembra che non se la senta di fare il salto definitivo verso il giusnaturalismo e negare giuridicità ad ogni regime abietto – a ben guardare la quasi totalità dei diritti del passato e del presente, salvo poche fortunate eccezioni.

Ma anche sul piano normativo il suo discorso sulla coercizione giustificata convince poco, pur con riferimento al diritto dei soli paesi democratici e costituzionali come il nostro. Infatti, potrebbe non essere difficile identificare i deboli e gli oppressi nell'ambito dei sistemi autoritari e totalitari: pensiamo al brutale trattamento riservato alle

²⁴ Cfr. D. ANSELMO, *Shari'a e diritti umani*, Torino, 2007, a proposito dell'elemosina rituale (la *zakāt*) nell'Islam.

donne nei paesi islamici o a minoranze come gli Uiguri nello Xinjiang. Ma è a casa nostra che le cose si fanno più problematiche, e io ammetto di provare una certa invidia per la sicurezza con la quale Greco pensa di poter identificare nelle nostre società gli oppressi e gli oppressori, i deboli e i forti. Se in certi casi i dubbi sono pochi – pensiamo ai ristretti alla mercé del potere coercitivo dello stato o ai profughi respinti davanti alle nostre coste²⁵ – altri casi, direi anzi la generalità dei casi giuridici, mi appaiono ben più incerti. Per fare alcuni esempi del tutto disparati, pensiamo alla normativa italiana che riduce drasticamente le possibilità di praticare sconti sul materiale librario, legge dichiaratamente finalizzata a proteggere le piccole librerie dal gigante cattivo Amazon. Chi sono in questo caso i più deboli, il libraio sotto casa che rischia la chiusura o il lettore che subisce un aggravio di spesa? E davvero Amazon è il prepotente? Oppure pensiamo al caso del conduttore impossibilitato a pagare il canone per l'immobile occupato. È lui il più debole oppure è più debole il proprietario per il quale il canone di locazione è una fonte di sostentamento della propria famiglia? O ancora pensiamo ai dipendenti di un'azienda in ristrutturazione collocati in cassa integrazione. Chi sono i più deboli tra le parti coinvolte? L'azienda sull'orlo del fallimento, i lavoratori cassaintegrati, o il contribuente che pagherà in larga misura l'assegno percepito da costoro sotto forma di imposte? Ho l'impressione che la maggioranza dei casi giuridici assomiglino agli esempi che ho appena fatto – esempi in cui non è agevole distribuire con nettezza la forza e la vulnerabilità. Ed è fisiologico che sia così, dato che i diritti come il nostro svolgono tipicamente la funzione di dirimere – recidendoli con la spada normativa – conflitti tra interessi antagonisti spesso tutti legittimi, conflitti in cui non tutti i torti sono distribuiti da una parte e non tutte le ragioni dall'altra e in cui la diagnosi in termini di debolezza o di forza dell'uno o

²⁵ Si legga l'impressionante documentazione della spedizione punitiva organizzata dalle guardie carcerarie nel 2020 contro i detenuti del carcere di Santa Maria Capua Vetere in L. ROMANO, *La settimana santa*, Napoli, 2021. È importante però tenere presente che in questo e consimili casi abbiamo a che fare con un uso della forza illegittimo, perché in violazione della legge e della Costituzione o (nel caso dei profughi) a una violazione del diritto internazionale.

dell'altro degli attori antagonisti è il frutto di un delicato bilanciamento profondamente condizionato dalla prospettiva etico-politica adottata: prospettiva che può essere oggetto di ragionevole dissenso.

6. *Il dovere della sfiducia*

In conclusione, occorre chiedersi se è proprio vero che la fiducia (qui rileva in particolare la fiducia in senso stretto) sia cosa buona e la sua assenza cosa cattiva. Mi permetto di dubitarne, senza per questo ritenere di dover essere arruolata tra i pessimisti antropologici alla Hobbes.

Va osservato intanto che, come la fiducia, anche la sua assenza può assumere vari sensi e sfumature di radicalità diversa, visto che può andare da un suo categorico diniego a una più blanda cautela. Quest'ultima, inoltre, non necessariamente esprime atteggiamenti ostili al prossimo, potendo essere semmai considerata indicativa di un atteggiamento pragmatico, di una prudenziale avversione al rischio.

Del resto la parsimonia nel concedere fiducia (nei suoi vari sensi) all'ambiente circostante e a tutti i non appartenenti alla ristretta cerchia della propria famiglia o tribù, dal punto di vista adattativo è risultata estremamente vantaggiosa per l'evoluzione della specie umana. Questo tuttavia non equivale a raffigurare gli esseri umani come esseri per natura egoisti, ostili o non cooperativi. Infatti, come ci spiegano i primatologi, gli antropologi e gli economisti, anche la cooperazione ha comportato enormi vantaggi adattativi per l'*homo sapiens*²⁶.

Nei rapporti interindividuali, un atteggiamento di pragmatica diffidenza, specie quando sono in gioco questioni importanti, lungi dall'essere deprecabile appare auspicabile. Così, nessuna persona avveduta azzarderebbe un cospicuo investimento finanziario senza prima aver raccolto tutte le informazioni rilevanti; oppure affiderebbe i propri figli a un baby sitter privo di referenze. Il detto russo reso celebre

²⁶ Si vedano ad es. P. SEABRIGHT, *In compagnia degli estranei*, trad.it., Torino, 2005; R. WRANGHAM, *Il paradosso della bontà*, trad. it., Torino, 2019.

da Ronald Reagan ‘fidati ma verifica’²⁷ e il detto inglese ‘better safe than sorry’, catturano il nucleo di ragionevolezza di tali atteggiamenti. Irrazionalità e patologie anche psichiatriche si collegano semmai tanto alla sfiducia generalizzata quanto al suo estremo opposto.

E per quanto riguarda il diritto?

Opportunamente Hardin ci ricorda che gli Stati Uniti sono stati edificati intorno al principio o teoria della sfiducia nei confronti dei poteri pubblici²⁸. I Padri Fondatori del regime americano hanno dato forma costituzionale a siffatta sfiducia, hanno istituzionalizzato la diffidenza²⁹. Tutta l’architettura istituzionale della più antica democrazia moderna, a partire dal meccanismo dei *check and balances*, s’impenna su questa diffidenza nei confronti del sistema politico-giuridico, delle sue istituzioni e degli individui che le incarnano, diffidenza che nasce essenzialmente dal timore dell’abuso. Un timore ricavato, come tutti sanno, dalla lettura di Montesquieu, che così si esprimeva in un passo celeberrimo dello *Spirito delle leggi*: «è un’esperienza eterna, che qualunque uomo che ha un certo potere è portato ad abusarne; va avanti finché trova dei limiti. Chi lo direbbe! Perfino la virtù ha bisogno di limiti. Perché non si possa abusare del potere, bisogna che, per la disposizione delle cose, il potere arresti il potere»³⁰.

È innegabile che proprio da questa sistematica diffidenza verso il potere siano nate le cose migliori che il diritto occidentale ci ha portato e continua a portarci: la legalità, la separazione dei poteri, i diritti, le garanzie, la tutela delle minoranze, le elezioni periodiche, e via dicendo. In quale altro modo potrebbe essere giustificato il principio della separazione dei poteri se non dal suo essere deputato ad alimentare un clima di sfiducia tra i poteri, ai fini di un loro più efficace controllo

²⁷ https://www.washingtonpost.com/opinions/trust-but-verify-an-untrustworthy-political-phrase/2016/03/11/da32fb08-db3b-11e5-891a-4ed04f4213e8_story.html

²⁸ R. HARDIN, *Trust*, Cambridge, 2006, 135 ss.

²⁹ Così si esprime P. ROSANVALLON, *Controdemocrazia. La politica nell’era della sfiducia*, trad. it., Roma, 2012 (ed. digitale).

³⁰ C.L. MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, trad. it., libro XI, cap. 4, Milano, 1989, 309. Greco peraltro parla di necessario atto di sfiducia verso il potere, specie quando si assolutizza (F. GRECO, *La legge*, cit., 57).

reciproco? E come potrebbero spiegarsi la costituzionalizzazione dei diritti, l'apprestamento delle loro garanzie giurisdizionali e il controllo di costituzionalità delle leggi se non sul presupposto della sfiducia nei confronti del potere legislativo? Lo stesso dicasi riguardo alla sistematica diffidenza nei confronti della discrezionalità degli organi giuridici³¹. E un discorso analogo vale a proposito delle garanzie processuali, a partire dal doppio grado di giurisdizione e in realtà dell'intero sistema processuale.

Proprio il ruolo ineludibile della coercizione nel diritto suggerisce come opportuno, anzi doveroso, che la filosofia del diritto coltivi un atteggiamento di sistematica sfiducia nei confronti del proprio oggetto, nel solco della tradizione liberale. Il diritto è certo, nella mente occidentale moderna, uno strumento di ingabbiamento del potere, ma è anche il veicolo elettivo tramite il quale il potere può farsi dispotico, oppressivo, tirannico. Fornirne un'immagine edulcorata rischia di farci dimenticare che il monopolio della coercizione caratterizza non solo il diritto abietto, ma anche il diritto democratico-costituzionale. E una tigre addomesticata non cessa di essere una tigre³².

³¹ La discrezionalità, specie quella non intenzionale (per usare l'espressione kelseniana) connessa all'indeterminatezza delle disposizioni giuridiche, in quanto fattore produttivo d'incertezza è senza dubbio antagonista della fiducia *stricto sensu* oltre che dell'affidamento. Mi risulta di conseguenza poco chiaro come mai Greco, che di ciò è pienamente consapevole, promuova sia pure con cautela la normazione per principi come fattore di incremento della fiducia. Come minimo, la fiducia implicata nell'attribuire il potere di decidere in base a principi piuttosto che a norme è controbilanciata dalla probabile perdita di fiducia in un diritto applicato in maniera erratica (o se si vuole, nella versione buonista, duttile o mite). Cfr. T. GRECO, *La legge*, cit., cap. 5.

³² Nel testo evoco l'immagine resa celebre da Guido Fassò, il quale a torto però addebitava al giuspositivismo di Scarpelli una fiducia addirittura cieca nella tigre-diritto: G. FASSÒ, *Intervento*, in *Tavola Rotonda sul Positivismo Giuridico (Pavia, 2 maggio 1966)*, in *Quaderni della Rivista 'Il Politico'*, 4, Milano, 1967.

ABSTRACT

L'autrice trae spunto dal libro di Tommaso Greco, *La legge della fiducia*, per formulare alcune considerazioni intorno alla varietà di significati della nozione di fiducia, ai rapporti tra fiducia e coercizione e al ruolo della fiducia, nei suoi vari sensi, in relazione al diritto. In particolare, sul piano descrittivo sostiene che diritto e fiducia non debbano essere visti come antagonisti bensì come complementari; sul piano normativo, nel solco della tradizione politico-giuridica liberale ritiene doveroso coltivare un atteggiamento di sistematica sfiducia nei confronti del diritto, anche di quello democratico-costituzionale.

The author draws inspiration from the book by Tommaso Greco, *La legge della fiducia*, to formulate some considerations about the variety of meanings of the notion of trust, the relationships between trust and coercion and the role of trust, in its various senses, in relation to the law. In particular, on a descriptive level, she maintains that law and trust should not be seen as antagonists but as complementary; on the normative level, in the wake of the liberal political-juridical tradition she deems necessary to cultivate an attitude of systematic distrust towards the law, including the democratic-constitutional one.

PAROLE CHIAVE

fiducia, affidamento, coercizione, diritto, cooperazione, liberalismo, Tommaso Greco.

Trust, Confidence, Coercion, Law, Cooperation, Liberalism, Tommaso Greco.

ANNA PINTORE
Email: pintore@unica.it

