

Recensione a T. Greco, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Editori Laterza, Bari-Roma, 2021, pp. 1-192

ANTONIO TAURELLI*

Indice disponibile all'indirizzo:

https://www.laterza.it/indici/9788858145333_indice.pdf.

Data della pubblicazione sul sito: 30 novembre 2022

Suggerimento di citazione

A. TAURELLI, *Recensione a T. Greco, La legge della fiducia. Alle radici del diritto, Editori Laterza, Bari-Roma, 2021, pp. 1-192*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 4, 2022. Disponibile in: www.forumcostituzionale.it.

* Allievo del Corso di PhD in Diritto nella Scuola superiore di studi universitari e perfezionamento "Sant'Anna" di Pisa. Indirizzo mail: antonio.taurelli@santannapisa.it.

È il sottotitolo *Alle radici del diritto* a fornirci la prospettiva più idonea per leggere il saggio di Tommaso Greco [Editori Laterza, 2021] incentrato sulla complessa e sfuggente vicenda che lega la fiducia al diritto. L'Autore scava sapientemente tra le pieghe del pensiero giuridico con l'obiettivo di comprendere se la fiducia sia l'*humus* del diritto, la terra in cui affonda le sue radici ovvero, all'opposto, se la norma giuridica non trovi proprio la sua giustificazione ontologica nell'assenza di fiducia tra le persone.

Fin dal titolo sono chiare le inclinazioni critiche dell'opera verso il paradigma "s-fiduciario" o machiavellismo giuridico con cui si intende quella "concezione in base alla quale, data la presunta tendenza naturale ed irrefrenabile di ogni soggetto ad agire mettendo in campo *la malignità dell'animo suo*, non abbiamo a disposizione altro rimedio che quello di costringerlo e punirlo". Tale cultura poggia sulla convinzione che l'ordinamento giuridico sia l'alternativa forte, e dunque il rimedio, alla evanescente fiducia tra i consociati. Si tratta di una concezione che postula l'idea di una società dei diffidenti da cui discende che le norme sono rispettate solo per la comminatoria che si portano dietro. Tali premesse, invero, conducono a esaurire la giuridicità nella mera dimensione sanzionatoria assecondando un approccio, per lo meno, riduzionistico. In senso contrario al cosiddetto paradigma sfiduciario, l'Autore ritiene che una tale riduzione della giuridicità alla sanzione sconti il difetto capitale di non descrivere fedelmente la complessità del fenomeno giuridico. Proprio un approccio descrittivo-empirico ci impone, infatti, di riconoscere oltre alla dimensione verticale-sanzionatoria del diritto, una dimensione orizzontale-relazionale in cui inevitabilmente la fiducia ricopre un ruolo costitutivo e ineludibile.

La trattazione si sofferma sulla relazione legge-fiducia passando in rassegna un catalogo di posizioni assunte da diversi studiosi con il pregio di offrire un mosaico ricco di tasselli e suggestioni. Ad esempio, il filosofo politico Chiodi ha sostenuto che il diritto pianta le sue radici nel "la sfiducia e il sospetto" e più precisamente che "la sfiducia è il suo fondamento metodologico e il sospetto è il suo fondamento psicologico". Sulla stessa scia di pensiero, è stato argomentato che il contratto, baricentro del diritto privato, si configuri essenzialmente come contromisura necessaria alla sfiducia tra più persone che necessitano di una garanzia che non attecchisce nella mera fiducia reciproca. Passando sul crinale "pubblicistico", non mancano declinazioni di questo pensiero altrettanto convincenti. La stessa opera di Thomas Hobbes "basava la costruzione della macchina statale esattamente su un trasferimento di poteri che da una massa di individui incapaci di esprimere fiducia muove verso un soggetto collettivo che produce la possibilità dell'affidamento nel momento in cui lo garantisce". Da ciò quindi, si intende che perfino il Leviatano sarebbe geneticamente concepito come contrappeso, se non addirittura come contrappasso, alla sfiducia dilagante nello stato di natura. Lo Stato pertanto, nella concezione hobbesiana, non è che un Terzo necessario per

imporre l'adempimento di obblighi che non potrebbero esigersi in nome di altri vettori sociali. In altre parole, il Leviatano sarebbe dunque il presupposto coercitivo del rispetto dei patti e la fiducia tra cittadini non sarebbe altro che un affidamento artificialmente costruito dai meccanismi coattivi che incombono sull'inadempiente potenziale, sia pure sotto forma di mera minaccia.

Alla parabola intellettuale della concezione sfiduciaria l'opera dedica un *excursus* in cui affiorano le prospettive di illustri pensatori del passato. La matrice originaria del modello sfiduciario è rinvenuta nel positivismo giuridico secondo il quale il *discrimen* del fenomeno giuridico rispetto ad altri fenomeni normativi come la morale, risiederebbe nella sanzione istituzionalizzata. La persuasività di questo approccio ha colonizzato profondamente un certo modo di pensare al diritto, al punto che nella cultura corrente appare un poco ossimorico parlare di un diritto senza forza. L'Autore chiarisce che questo approccio, a differenza di quanto potrebbe pensarsi, caratterizza più la modernità che il passato più risalente. Infatti, quantunque la dimensione sanzionatoria del diritto fosse presente fin dalle origini, già Aristotele nell'Etica Nicomachea riconduceva la giustizia a una disposizione d'animo degli uomini che, per natura, sono inclini a compiere cose giuste e non tanto perché coartati dalla prospettiva di una pena. La *polis* per il filosofo greco si fondava, infatti, su un saldo presupposto di benevolenza reciproca, prima ancora che sulla giustizia e sulla forza correttiva della paura. Un rovesciamento di questa visione è il portato di una modernità politico-ideologica che vede in Machiavelli il suo più potente iniziatore. La novità sta nel fatto che la teoria politica dell'autore de Il Principe vara una nuova antropologia negativa che ha il fulcro nell'idea di un uomo cattivo, radicalmente avvinto alle sue passioni egoistiche. Su queste fondamenta si è poi edificata una narrativa politica incentrata sul timore come prassi di indirizzo della società, falcidiando così i margini di operatività della fiducia.

La questione capitale che si fa strada tra le pagine del saggio si può riassumere con l'interrogativo: "perché si ubbidisce al diritto?". Il modello sfiduciario che, come visto, dà una risposta chiara a questa domanda, si espone a una critica tutta sorretta sul filo della logica e difficilmente arginabile. Infatti, se la sanzione è la conseguenza della violazione di un obbligo, essa non può essere elemento costitutivo dell'obbligo medesimo. Se si vuole superare questa contraddizione logica, l'obbligo necessariamente deve trovare le ragioni del suo *status* in elementi diversi ed esterni alla pena. Al riguardo, l'Autore individua la fonte dell'obbligazione nella mera (pre-)esistenza della norma. Il nucleo duro di questo ragionamento consiste nel rilevare l'esistenza di un momento nel quale non si dà (ancora) luogo alla sanzione, ma in cui il fenomeno giuridico ha già una sua consistenza, un suo dispiegamento concreto nel mondo reale che è mirabilmente fotografato da Herbert Hart quando afferma che "solo mantenendo la distinzione [...] tra l'obiettivo primario del diritto di incoraggiare o scoraggiare certi tipi di

comportamento, e le sue tecniche meramente ausiliarie o riparatrici, possiamo dare senso alla nozione di reato o di trasgressione”. Così, ripristinando un diverso e alternativo concetto di giuridicità, si ribalta anche il già menzionato inquadramento del contratto che, invece, rappresenta proprio il *locus* della fiducia come sottolinea Vincenti sostenendo che “ogni contratto, in quanto esito del *cum-venire*, postula, se non l’*amicitia* dei contraenti, certamente una condivisione di intenti, un *idem sentire*, accompagnato inevitabilmente da un rapporto fiduciario, dalla *fides reciproca*”.

Sempre tentando di ragionare sul perché si ubbidisce al diritto, Greco introduce altri due concetti che arricchiscono la prospettiva e depongono per una soluzione più incline a riconoscere il ruolo giuridico della fiducia. Un primo concetto è quello della solidarietà la cui cancellazione dai principi che informano l’agire pubblico e privato rappresenta una “amputazione indebita dell’ordine giuridico” secondo Rodotà. Sulla stessa strada si dipana il discorso sulla “fraternità”, che sarebbe alla base della nostra Costituzione e che avrebbe il ruolo di conferire un senso all’uguaglianza, perché non sia un mero livellamento, e alla libertà perché non sia solipsistica. Ribaltando completamente i termini iniziali del problema, l’opera si interroga sul senso dell’ubbidienza e si chiede se sia davvero tale quel contegno determinato dalla necessità. Una risposta, *inter alia*, la si ritrova nel Contratto Sociale di Rousseau per il quale: “cedere alla forza è un atto di necessità, non di volontà” e quindi, come sostenuto anche da Hart, è il caso di misurare la distanza che esiste tra “avere un obbligo” ed “essere costretti”.

Nel saggio si avverte una costante tensione ad isolare come una molecola la fiducia dentro il diritto per metterne in luce la vitale rilevanza all’interno del congegno normativo. Per condurre questa analisi il lavoro non tralascia di considerare che ogni modello giuridico non può prescindere da una precisa idea di uomo e che il diritto non è mai neutrale nei suoi assunti antropologici, né potrebbe esserlo. Pertanto, la prospettiva caldeggiata nel saggio è costretta a sostituire al *bad man* di machiavellica memoria, un uomo capace di assumersi delle responsabilità che non originano dall’applicazione potenziale delle sanzioni. Se esiste, come ritenuto dall’Autore, una dimensione prettamente giuridica che prescinde, o comunque precede, la sanzione, è proprio quella il campo di esistenza in cui la fiducia si espande e diventa un architrave giuridico a sostegno delle relazioni tra consociati. Scomponendo gli elementi essenziali del fenomeno normativo, l’Autore scorge nell’attesa che gli altri si comportino nel modo fissato dalle leggi, il cuore pulsante della giuridicità, la fonte del suo solenne magnetismo. A questo punto c’è da fare un’avvertenza che non pare di scarso rilievo. Quando si postula che esiste un rispetto delle leggi per ragioni diverse dalla paura, non si intende annoverare quell’ubbidienza nell’alveo della morale. D’altronde, il piano della giuridicità ha una sua specificità e rappresenta quel livello intermedio in cui la fiducia gioca un ruolo decisivo e peculiare, costituendo l’ossatura morbida, ma

comunque l'ossatura, del *pacta servanda sunt*. L'intuizione per cui l'ubbidienza, *rectius* l'adempimento del dovere giuridico, nasce dal riconoscimento delle aspettative altrui, porta l'Autore a sostenere che nel diritto, che è a immagine e somiglianza dell'uomo, coesistono entrambe le prospettive: quella verticale e quella orizzontale, proprio come nelle società umane esistono sia la cooperazione che il conflitto.

Il lavoro si incentra anche sul *come* il diritto si modella quando effettivamente vuole lasciare spazio alla fiducia e come, invece, si atteggia quando, di fatto, la esclude. La distinzione che viene riproposta è quella tra regole e principi. Al di là delle differenze tradizionalmente vagliate, i due concetti si diversificherebbero anche per il grado di fiducia di cui sono portatori. La differenza attiene al loro funzionamento: le regole prevedono un'opera estremamente circoscritta dell'interprete, se non del tutto espunta. Difatti, non lasciando alcuno spazio alla discrezione interpretativa, immettono un grado minimo di fiducia nel sistema giuridico. Ragionamento diverso vale per i principi, che invece richiedono una costante opera interpretativa e che meglio si prestano a modularsi secondo la specificità del caso concreto, con tutti i rischi che conosciamo. Su questo versante, Greco registra una tendenza del sistema verso la prevalenza quasi tirannica delle regole sui principi, prevalenza che va letta anche come "una vera e propria digitalizzazione del funzionamento dell'ordinamento" tale da rendere "quanto più possibile automatiche e automatizzate le conseguenze giuridiche di determinate azioni".

Va da sé che le due tecniche normative non sono alternative tra di loro, ma rappresentano due poli che dovrebbero integrarsi nell'ordinamento, tanto che il buon legislatore non dovrebbe assecondare l'una o l'altra corrente quanto piuttosto contemperarle. Se è vero che entrambe le concezioni sul funzionamento del diritto portano con sé dei valori inoppugnabili e dei pericoli insidiosi, non devono sfuggire le considerazioni riportate da Elias Canetti sui rischi insiti nei comandi: "gli uomini che agiscono in seguito a comandi sono capaci delle azioni più orribili. Quando l'autorità che li comandava viene abbattuta e li si costringe a guardare da vicino ciò che hanno fatto, essi non si riconoscono". D'altronde su questo frangente non può essere neanche dimenticata l'ampia riflessione di Zygmunt Bauman in *Modernità e Olocausto* (1989) o quella di Alberto Moravia in *L'uomo come fine* (1954) ove viene dimostrato come ridurre tutta la moralità al rispetto di una regola rigida senza una connessione responsabilizzante con un fine, rischia di trasformare gli uomini in un apparato tecnico spaventoso soggetto ad essere im-piegato per le più assurde atrocità.

È ormai pacifico che le regole precise se da un lato assicurano una maggiore certezza del diritto, dall'altro, hanno un inquietante potere deresponsabilizzante e antipedagogico. Sul punto, è dotata di straordinaria pregnanza la fulminante sintesi di Gustavo Zagrebelsky quando osserva che alle regole si ubbidisce mentre ai

principi si aderisce. D'altro lato, il volume non manca di segnalare che una giurisdizione fatta di sole regole, che rifugge i principi e con essi la fiducia, sconta un altro grave deficit: l'ottusità delle decisioni algoritmiche in cui è del tutto spiantato il ruolo umano del giudice. Pertanto, pur rilevando le criticità degli spazi discrezionali, il saggio giunge a sostenere, sovvertendo il proverbiale adagio, che "fidarsi è bene, non fidarsi è peggio". Da questo punto di vista l'opera ha il pregio di rappresentare un utile controcanto a una tendenza invalsa in questo momento storico di fidarsi molto negli algoritmi e molto meno negli uomini.

Nel trarre le conclusioni non si può tacere che il paradigma fiduciario trovi delle icastiche conferme nella recente produzione normativa della fase pandemica. Come notato da Carlo Sotis ed Emanuela Fronza, il tema del diritto senza sanzioni, già tematizzato da Mireille Delmas Marty, si è manifestato concretamente in seno a quel sistema di norme anti-contagio che era orientato "all'osservanza, ma non alla possibilità di sanzionare la violazione". A questo riguardo, si può portare l'esempio della Circolare del Ministero dell'Interno del 31 marzo 2020 che menzionava la possibilità di passeggiare "in prossimità della propria abitazione". Chiaramente una tale disposizione per la sua indeterminatezza non si presta a configurare una fattispecie nell'ottica di sanzionare. Considerazioni analoghe possono svolgersi per la locuzione "congiunti" dell'art. 1 lett. a) del DPCM del 26 aprile 2020. Si tratta di disposizioni evidentemente imprecise e indeterminate se assunte nell'ottica di un accertamento con finalità meramente punitiva. Ma se cambiamo la prospettiva e usciamo dall'orizzonte rigorosamente sanzionatorio per approdare nella prospettiva della legge della fiducia suggerita dall'Autore, comprendiamo come tali disposizioni fossero perfettamente idonee alla loro finalità regolatoria. Non si tratta quindi di episodi di "analfabetismo legislativo" o di discutibile composizione del precetto, ma piuttosto di un modo diverso di intendere la normazione in un momento in cui il ricorso massivo all'applicazione della sanzione non solo sarebbe stato difficile ma, forse, perfino dannoso. Lo scopo di queste norme, di fatto senza sanzioni, sembra essere quello di veicolare un modello di comportamento da rispettare secondo lo spirito dell'*adesione* e non dell'*ubbidienza*, per dirlo con una chiave di lettura offerta dal volume.

In ultima analisi, condensando le tante suggestioni del testo si potrebbe dire che esiste una forza *nelle* regole che può prescindere dalla forza *delle* regole e che sopravvive fintanto che sia riconosciuta dalla collettività. Del resto, l'intero saggio di Tommaso Greco suona come un appello ad aderire alla complessità e a guarire quella malattia del diritto, quel tarlo della sfiducia, che su presupposti di realismo ne comprime la realtà. I tanti sentieri dell'opera e le tante declinazioni che la fiducia assume nel lavoro, concorrono a convincere il lettore che esiste anche una dimensione orizzontale del diritto, che presuppone le inclinazioni positive delle persone e che, in un certo qual modo, le promuove.