

ITINERARI DELLA FIDUCIA QUALCHE RISPOSTA AI MIEI CRITICI

TOMMASO GRECO

Dipartimento di Giurisprudenza

Università di Pisa

tommaso.greco@unipi.it

ABSTRACT

In this article I respond to the questions raised in the forum discussing my book *La legge della fiducia* (Laterza, 2021). I focus in particular on the role of the philosophy of law, as well as on ways to develop further our understanding of the relationship between law and trust.

KEYWORDS

Philosophy of law, Legal culture, Functions of Law, Trust, Law and Justice.

PREMESSA

Credo che rispetto alle tesi sostenute ne *La legge della fiducia* siano possibili sostanzialmente quattro atteggiamenti diversi, graduabili nella seguente maniera: si può ritenere che la proposta di stringere in un nesso unitario diritto e fiducia non sia adeguata né per cogliere l'essenza del diritto, né per affrontare i problemi che il diritto come fenomeno normativo deve risolvere; si può prendere atto della proposta per attestare che, sì, nel diritto ci sono in effetti vari momenti nei quali si può dimostrare l'esistenza di aspetti fiduciari (e lo si può fare per ritenerli primari o secondari), ma senza che questo sconvolga più di tanto le nostre teorie e le nostre consolidate convinzioni; si può, ancora, considerare quelle tesi come un modo interessante di rileggere la realtà e la natura del diritto, prendendo sul serio il 'capovolgimento' che ne deriva soprattutto sul piano analitico e descrittivo; infine, si può assumere tale proposta come possibilità di 'provocare' una seria alternativa, e perciò meritevole di essere ulteriormente valorizzata, facendola progredire ulteriormente nella direzione intrapresa. Mi pare che i molti, generosi, commenti pubblicati in questo fascicolo di «Etica & Politica» si muovano pressoché integralmente tra la terza e la quarta categoria, il che significa che il «piccolo sasso nello stagno» che ho voluto lanciare col mio libro ha prodotto una dose più che soddisfacente di cerchi concentrici. Vorrei perciò innanzitutto ringraziare amiche e amici, colleghe e colleghi che sono intervenuti, non solo per il tempo e le attenzioni che hanno dedicato al mio lavoro, e per le parole generose (e forse un po' esagerate) che hanno scritto

su di esso, ma soprattutto perché hanno sottolineato la fecondità del tema, andando ben oltre i confini dentro i quali l'autore del libro si era — per varie ragioni, a cominciare dalle sue molte incompetenze — trattenuto. Tralasciando quindi le molte cose su cui non pare necessario tornare per via dell'accordo sostanziale su punti essenziali, mi soffermerò qui di seguito su alcune questioni che mi pare meritino di essere riprese e rilanciate, cercando di rispondere a qualcuno dei rilievi che sono stati avanzati (e scusandomi fin da ora per il fatto che certamente tralascerò alcune delle cose importanti che sono state rilevate). Naturalmente, non senza aver prima ringraziato i Direttori della Rivista, Riccardo Fanciullacci, Ferdinando Menga e Pierpaolo Marrone, per aver voluto dedicare un Symposium al mio piccolo libro e, non ultimo, per la pazienza che hanno dimostrato nei miei confronti.

1. QUALE FILOSOFIA DEL DIRITTO?

Una questione che mi pare preliminare, e che incrocia molte considerazioni svolte da chi è intervenuto nel Symposium, è quella relativa allo statuto della filosofia del diritto. Anche se nel mio testo non ho trattato direttamente questo tema, non posso nascondere che *La legge della fiducia* è (anche) una presa di posizione sulla natura e sui compiti della nostra disciplina. Senza nulla togliere ad altri approcci, tutti fecondi e preziosi, mi pare infatti che ci sia — e debba sempre più esserci — spazio per una filosofia del diritto che si mantenga allo stesso tempo 'aperta' e 'critica': innanzitutto con riguardo al rapporto con i giuristi e col diritto positivo, verso i quali occorre mantenere un rapporto dialettico nel quale siano valorizzati gli aspetti (e le domande) che derivano dalla costitutiva filosoficità del fenomeno giuridico (come ricorda Alberto Andronico); e in secondo luogo, con riguardo a ciò che sta intorno al diritto e che incarna una serie di dimensioni con cui esso si confronta necessariamente. Se lo studio del diritto implica sempre un confronto anche con queste dimensioni, allora significa che esse sono da considerare in qualche modo interne e non esterne alla sfera giuridica. Penso a sfere dell'esperienza (e quindi anche della riflessione su di essa) come il potere, la società, la giustizia, l'antropologia¹: dalla necessità di non trascurare queste dimensioni discende la funzione di 'ponte' che la filosofia del diritto può svolgere tra le varie scienze giuridiche e gli altri saperi (filosofici, innanzitutto — come quelli ricordati da Alice Pugliese — ma anche storico-sociali). Non so quanto il mio libro sia riuscito in questo intento: le parole che mi sono state qui rivolte mi fanno illudere che almeno un po' ci sia riuscito, ma a prescindere dall'esito del mio lavoro mi piace insistere sulle intenzioni e sulla necessità che questo modo di guardare alla filosofia del diritto possa essere

¹ Questo intento sta alla base di un sussidio didattico che ho curato insieme a due studiosi che hanno contribuito a questo forum: *Dimensioni del diritto*, a cura di A. Andronico, T. Greco, F. Macioce, Giappichelli, Torino 2019.

concretamente praticato. E non per allontanarci dai giuristi, ma per avvicinarci ad essi in modo più decisivo: perché coloro che praticano le varie scienze giuridiche hanno certamente bisogno di qualcuno che contribuisca al lavoro puntuale di analisi e di interpretazione, ma hanno bisogno anche di chi fornisca strumenti di inquadramento e di analisi più generale. Spesso, più che strumenti nuovi, servono lenti adeguate per vedere in modo nuovo la realtà su cui quegli strumenti devono essere impiegati; e queste lenti possono essere fornite da quelle discipline che, per vocazione, sono chiamate a impedire quella chiusura «narcisistica» alle quali le scienze giuridiche tendono quasi istintivamente quando, come avverte Giorgio Resta sulla scia di Geoffrey Samuel, si chiudono e si limitano a riflettere solo su se stesse.

Proprio questo atteggiamento ci può aiutare a far svanire l'impressione diffusa, ricordata da Alberto Andronico (ebbene sì: il mio Gemello filosofico-giuridico), che la filosofia del diritto sia materia per «una ristretta cerchia di iniziati»; e ci può aiutare anche a svolgere quel ruolo pubblico, che dovrebbe essere proprio in realtà di tutta la cultura giuridica², ma che la filosofia del diritto è chiamata a svolgere più di qualunque altro sapere. Se il mio libro è riuscito davvero a «giungere a una dimensione pubblica, politicamente (in senso lato) interessante, civilmente impegnata», come scrive Francesco Mancuso, non posso che esserne felice: era proprio questo uno dei suoi intenti, anche in considerazione del momento particolare nel quale è stato scritto, cioè quello pandemico (sebbene questa sia stata semplicemente l'occasione per mettere in forma alcune riflessioni che covavano da tempo).

Ciò permette di sottolineare il profilo della responsabilità che investe il sapere giuridico sul piano dell'educazione alla cittadinanza, su cui hanno richiamato l'attenzione Federico Puppo e Serena Tomasi: se davvero «dalla cultura giuridica che si trasmette agli studenti dipende il modo in cui il cittadino si comporterà», allora non si può evitare di fare i conti con l'impianto complessivo delle nostre discipline, chiedendoci se il nostro modo di praticarle vada o no incontro (anche) a queste esigenze (che ovviamente non solo le uniche). A maggior ragione, ciò vale in epoche di 'crisi', nelle quali, come ben sottolinea Resta, «le scienze più floride [devono] essere pronte a mettere in discussione i propri presupposti».

2. QUALE UOMO, PER QUALE FIDUCIA?

Proprio perché, nella prospettiva che ho assunto, diventano rilevanti questioni apparentemente 'esterne' (e che però, ripeto, sono 'interne') ai discorsi che possiamo fare sul diritto³, assume particolare importanza la tematica antropologica,

² Mi permetto di rimandare a T. Greco, *La morte di Paolo Grossi e l'informazione sulla cultura giuridica*, in «il Mulino», 19 ottobre 2022.

³ In tal senso, trovo particolarmente appropriata l'osservazione di Resta secondo cui, a fronte dell'«idea che la funzione primaria del giurista sia quella di studiare le norme e impadronirsi delle

anch'essa messa in luce nella sua rilevanza da tutti coloro che sono intervenuti. Se il diritto contiene sempre un rinvio a qualcos'altro, questo qualcos'altro non può che essere innanzitutto un'idea antropologica, come ben dice Alice Pugliese. Da questo punto di vista, mi pare che il ripensamento proposto nel libro sia stato preso sul serio e che, non solo nessuno degli intervenuti abbia, per così dire, preso le difese del 'machiavellismo giuridico' insistendo sulla necessità di legare strettamente alla visione realista della natura umana il concetto, la struttura e il funzionamento del diritto, ma che si sia colto il valore teorico del nesso che ho cercato di istituire, nel quale, come nota Resta, «il comportamento dei destinatari delle norme [diviene] fattore rilevante nella riflessione sulla tecnica e la teoria del diritto». Di più: direi che la proposta (non di sostituire, ma) di affiancare una visione antropologica 'positiva' a quella 'negativa' costituisca la necessaria base di partenza di tutti gli sviluppi ulteriori della tematica giuridico-fiduciaria che autori e autrici hanno proposto nei loro interventi (e sui quali tornerò brevemente nella conclusione).

Mi preme intanto sottolineare che la connessione tra il piano antropologico e quello della teoria giuridica sembra essere stato pienamente accolto, almeno tra i partecipanti al Forum, come efficacemente ha trovato modo di esprimere Andronico quando, invertendo titolo e sottotitolo del libro, scrive che «alle radici del diritto troviamo la legge della fiducia», peraltro evidenziando giustamente che non si tratta di «una tesi del tutto nuova». In effetti, ci sarebbe tutta una storia da raccontare che riguarda la «teoria relazionale del diritto»: una storia che, muovendo dai classici greci e romani (Aristotele *in primis*, come rilevato da Puppo e Tomasi) e passando dal medioevo giuridico, arriva fino ad autori del XX secolo che raramente sono stati messi l'uno a fianco all'altro, e che invece potrebbero e dovrebbero essere inseriti (almeno per certi aspetti) dentro una medesima cornice. Parlo ad esempio di Alessandro Levi, Lon Fuller, Herbert Hart e Sergio Cotta, che alla visione relazionale hanno dato decisivi contributi. Senza dimenticare ovviamente quei classici che in epoca moderna hanno saputo sottrarsi alla voracità del modello hobbesiano: da Locke a Kant, per stare al paradigma giusnaturalista, da Montesquieu a Savigny, per stare sul fronte storicista. E naturalmente, senza annacquare le grandi differenze che pur continuano ad esistere tra le varie correnti e i singoli autori.

Questa ipotesi di ricostruzione storiografica mi permette di rispondere ad una osservazione critica di Andrea Favaro, il quale, muovendo da una rapida notazione

principali tecniche di analisi e interpretazione di esse, disinteressandosi (o interessandosi soltanto di riflesso) dell'ambiente circostante», si può individuare ne *La legge della fiducia* un rovesciamento di prospettiva, in base al quale, anziché proporre «una riflessione sulla struttura delle norme, dando poi per acquisita l'automatica ricaduta sulle azioni dei consociati, [si muove] da una discussione del tipo di incentivi (o di preferenze) che orientano il comportamento delle persone nelle loro attività quotidiane per desumerne specifiche implicazioni sul modo di costruire (e pensare) le norme».

con cui nel libro prendo le distanze da Bruno Leoni⁴, osserva che a suo parere questa presa di distanza sia «meno consistente di quanto parrebbe a prima vista». Devo rinviare tale questione a uno studio più specifico che spero di poter fare in un prossimo futuro, ma qui non posso non ribadire quella che a mio parere costituisce una differenza essenziale tra la posizione “relazionale” e quella — leoniana e hayekiana — della “pretesa”: mentre la prima muove dalle reciproche aspettative e dà rilevanza teorica e pratica alle aspettative altrui, venendo di conseguenza ad insistere sulla figura deontica dei doveri e dunque su un paradigma cooperativo (lo sottolinea Ansuátegui), la seconda si concentra piuttosto sulle aspettative del soggetto che rivendica la (propria) pretesa, ciò che la rende *ab origine* oppositiva e conflittuale. Anche in questo secondo caso vi è indubbiamente relazionalità, ma solo (o quanto meno, inizialmente e costitutivamente) nella forma di ciò che ciascuno, più che attendersi fiduciarmente dall’altro, (im)pone all’altro nella modalità appunto della pretesa.

Decisivo è in ogni caso il recupero di una antropologia non-negativa, come l’ha chiamata Del Bò, capace di reggere il peso di una cooperazione fiduciaria da considerare interna e non esterna alle dinamiche governate dal diritto. Punto decisivo, questo, in quanto qui si testa la consistenza di quel sentimento della fiducia che io ho avuto l’ardire di tirare in ballo nel mio lavoro. Di quale fiducia stiamo parlando? Proprio rispondendo ad alcune critiche che su questo punto specifico mi sono state rivolte⁵, ho già avuto modo di ammettere che la lacuna principale (e voluta) del libro è certamente quella di non affrontare questo tema esplicitamente, dandone per presupposta la comprensione. Più che incomprensioni ne sono nati alcuni interessanti sviluppi che permettono di fare qualche precisazione.

A me pare chiaro che la fiducia, non diversamente dalla *philia* aristotelica, si possa disporre su più piani e che la sua versione interna al diritto sia necessariamente diversa da quella che si stabilisce all’interno di un rapporto di pura amicizia o di puro amore. È una fiducia che si nutre dei (e si realizza nei) reciproci affidamenti che una norma giuridica (o un qualunque atto giuridico) viene necessariamente a generare. In questo senso Andronico ha perfettamente ragione quando nota che la fiducia giuridica assomiglia al dono di Mauss: essa necessita della «simmetria della relazione di riconoscimento» ed è quindi «un dato puramente e semplicemente interno a ciò che fonda»: che è esattamente, detto meglio, ciò che volevo affermare insistendo sul nesso tra diritto e fiducia. Che ci sia una fiducia più “alta”,

⁴ Cfr. T. Greco, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2021, p. 92, nota 9.

⁵ Cfr. ad es. A. Pintore, *Il dovere della sfiducia*, in «Teoria e storia del diritto privato», n. 2, 2022, e nella medesima direzione anche F. Rimoli, *Investire in fiducia? La funzione del diritto e le basi dell’obbedienza*, in «Diritto e Questioni Pubbliche», XXII (2022), n. 1, pp. 269-279, nonché R. de Asís Roig, *La propuesta de Tommaso Greco. A propósito de La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, in «Derechos y Libertades», 48, 2023, 1, pp. 37-46.

trascendente rispetto alla dimensione giuridica e che proprio per questo può alimentare le dinamiche e indirizzarne fecondamente gli sviluppi, come ha notato pure Mario Ricca in un suo articolato commento al mio libro⁶, è assolutamente indubbio. Così come è indubbio che un discorso sistematico sulla fiducia possa (e forse debba) includere un riferimento che vada oltre la pura immanenza e si apra a prospettive metafisiche e trascendenti, come giustamente (e criticamente) notano Puppo e Tomasi in conclusione del loro intervento. Ma come chiamare quell'atto di affidamento che si realizza nel momento in cui, dentro una qualsiasi relazione giuridica, ognuno di noi si attende che l'altro faccia ciò che è suo dovere fare, e al contempo è disposto a fare ciò che rappresenta il suo proprio dovere? Tutto il senso del mio discorso sta qui: nell'aver rivendicato autonomia e identità per questo momento orizzontale della struttura e del funzionamento del diritto rispetto a quello verticale che vorrebbe ricondurre (e ridurre) tutto al momento della coazione.

Un'operazione che ho cercato di fare senza, peraltro, che ciò implichi la negazione dell'importanza (e anzi dell'imprescindibilità) di quel secondo momento ('secondo' in senso sia logico che assiologico) rappresentato dalla sanzione, come riconoscono Ansuátegui, Del Bò, Macioce e Mancuso (il quale ultimo parla esplicitamente di "non riduzionismo" della mia proposta), ma ribadendo che questo momento orizzontale è pienamente *giuridico* e non morale, come sembra sostenere Javier Ansuátegui in un passaggio del suo intervento, allorché considera la fiducia come appartenente «prevalentemente all'ambito morale» e si chiede, di conseguenza, se la mia proposta non rappresenti una «nuova specie di giusnaturalismo». Mi avvalgo, per rispondere a questo dubbio, delle parole di Del Bò, che sottoscrivo totalmente: «siamo condannati a non capire perché si obbedisce al diritto sia se adottiamo il modello del bandito e la soggiacente antropologia negativa, sia se facciamo nostra la prospettiva eguale ed opposta in cui la moralità personale e i retti costumi dei consociati assicurano una convivenza sociale pacifica e quasi idilliaca; e, anzi, si potrebbe chiosare ulteriormente, spostare il fuoco della spiegazione dell'obbedienza dalla (paura della) costrizione esterna a una idealizzazione della natura umana finisce per mettere fuori gioco quella normatività che è uno dei tratti caratterizzanti del diritto». Come dimostra la questione del consenso informato, chiarita in maniera esemplare, e per me condivisibile, da Macioce, esiste una fase di realizzazione del diritto — quella primaria ed essenziale — nella quale siamo chiamati a prenderci l'uno cura dell'altro: del tutto evidente ed 'estrema' nel rapporto medico-paziente (tanto da far pensare che quel rapporto sia in realtà di natura morale), e meno evidente in altri casi, ma altrettanto presente. Una «modalità primaria

⁶ Cfr. M. Ricca, *Il diritto o il Paradiso? Un dialogo con Tommaso Greco sulla generatività della fiducia e sul significato prof-fattivo del diritto*, in «Calumet. Intercultural Law and Humanities Review», Issue 14 (2022), pp. 96-143.

di relazione», come l'ha chiamata Alice Pugliese, che è interna al diritto e che ci porta a percepire la realtà umana come «fragile, esposta alle oscillazioni del nostro fare», e che proprio per questo ci porta a percepire l'altro, riconoscendo e rispettando le sue aspettative. La sfida che occorre affrontare è quindi quella di individuare nel diritto una dimensione che ne spieghi sia la struttura normativa, sia il funzionamento, senza risolversi nella minaccia della sanzione e neppure rinviando alla risorsa dei «buoni sentimenti».

3. LE VIE DELLA FIDUCIA (NEL DIRITTO)

Rilevare l'esistenza di questa dimensione «orizzontale» non vuol dire rivendicare (normativamente) un diritto «fiduciario» contro un diritto «sfiduciario», un diritto 'buono' contro un diritto 'cattivo'. Vuol dire innanzitutto rimanere dentro lo spazio della descrizione, riferirsi cioè al diritto come esso è, e non al diritto come *deve essere* (nei limiti di quanto dirò poco più avanti). Si tratta piuttosto di imparare a vedere le cose come sono realmente e non come siamo abituati a vederle in base alla narrazione cui ci siamo assuefatti. Qui la questione epistemologica avanzata da Alice Pugliese, in base alla quale possiamo avere «una diversa intelligenza dei fatti», rivendica pienamente i suoi diritti.

In ogni caso, poiché la questione «descrizione/prescrizione» è venuta fuori più volte nelle discussioni che si sono svolte intorno a *La legge della fiducia* ed è stata qui posta esplicitamente da Ansuátegui, mi sembra doveroso riprenderla, anche perché mi pare un passaggio necessario per rispondere ad altre questioni che sono state sollevate. Non vedo nulla di normativo nel rilevare che il diritto faccia sorgere sempre delle aspettative, e quindi implichi necessariamente il nascere di una relazione nella quale le parti si aspettano che l'una faccia qualcosa per l'altra e viceversa. È questa la conseguenza principale di una visione che pretende di leggere il diritto come struttura normativa di carattere relazionale. Certamente, porre la relazione al centro della struttura e della funzione del diritto vuol dire porsi il problema della natura di quelle norme giuridiche che rappresentano la negazione di ogni possibile relazionalità, e che anzi sono adoperate appositamente in questa funzione. Non credo sia necessario, su questo punto, difendere particolari concezioni relative al rapporto necessario tra diritto e giustizia: vale anche qui il principio di Radbruch, in base al quale una norma che sia sommamente ingiusta non possa pretendere di valere come norma; e dunque, una norma che sia atta esclusivamente a giustificare il dominio di un soggetto su un altro soggetto, impedendo qualsiasi reciproco affidamento, perde necessariamente il suo status normativo, riducendosi a una pura manifestazione della violenza e del sopruso.

Quanto appena detto produce svariate conseguenze, e vale intanto a confermare il 'sospetto' di Favaro che questo modo di interpretare il diritto includa un riferimento necessario alla solidarietà: una solidarietà come 'fatto' e non come 'valore',

che in misura maggiore o minore non può non essere presente in un diritto pensato come relazione (chiamiamolo pure diritto *sociale*, sulla scia di autori come Gurvitch e Duguit). Ma vale anche a chiarire il dubbio espresso da Del Bò in conclusione del suo articolo: la fiducia non è solo una preconditione (cosa che indubbiamente è) ma è anche — e per quanto mi riguarda, soprattutto — elemento strutturale della normatività. Una normatività che neghi del tutto rapporti fiduciari (cioè di riconoscimento e affidamento reciproco) tra i soggetti ai quali si rivolge, esce dal campo del diritto e si rovescia in una forma di violenza. Un'evenienza di fronte alla quale si produce, a mio parere, una decisa migrazione della fiducia dal campo dell'obbedienza a quello della disobbedienza: è disubbidendo a una norma che mi chiede di compiere un atto ingiusto che rispondo alla chiamata fiduciaria del diritto, la quale impone un vero e proprio dovere (più che diritto) di resistenza a coloro che ne sono i possibili applicatori.

Tale discorso involge anche due ulteriori questioni poste nel forum: la prima, con riguardo al “diritto di uscita” di cui parla Favaro, quando propone di guardare alla società come ad un arcipelago di comunità, configurando una sorta di federalismo althusiano, che io vedo come perfettamente coerente con il principio fiduciario; e la seconda, con riguardo al nesso che Macioce ha sottolineato tra circolo della fiducia e situazioni di privilegio. In entrambi questi casi, mi pare, la fiducia opera all'interno dei gruppi e li consolida; ma arriva un punto nel quale — o a causa dell'eccessiva oppressione interna al gruppo stesso (di cui parla Favaro) o per l'eccessivo peso dell'oppressione esterna che un gruppo esercita su un altro gruppo (di cui parla Macioce) — essa si rovescia nel suo contrario e ricompare quindi sotto forma di ‘resistenza’. Sono coloro che disobbediscono a rompere il cerchio del dominio e a innescare un nuovo circolo della fiducia; mostrando peraltro, in tal modo, il lato conflittuale del paradigma fiduciario (sempre in pericolo di essere frainteso come ingenuamente irenistico), e influenzando quei processi di legittimazione dell'ordinamento sui quali ha richiamato l'attenzione Francesco Mancuso (che ringrazio per aver ricordato nella sua ricostruzione la questione della ‘giustizia meridiana’ che proprio con il paradigma del dominio fa continuamente i conti). In questo senso, Puppo e Tomasi colgono perfettamente la sfida politica della fiducia, quando affermano che essa conduce «a relativizzare, se non ad eliminare, le asimmetrie di potere».

Dico tutto questo, non tanto per sottolineare come nel diritto, e nelle affermazioni che facciamo sul diritto, non ci sia in realtà mai nulla che possa pretendere di valere esclusivamente sul piano descrittivo, quanto per evidenziare che l'indicazione di una qualunque dimensione come necessaria — e quindi presente (descrittivamente) nell'esperienza giuridica — non possa non tradursi in uno strumento di analisi, anche critica, del diritto medesimo. Se stabiliamo che la fiducia è elemento intrinseco al diritto, come ho cercato di sostenere, è naturale che si possa poi condurre una “critica del diritto” dal punto di vista della sua più o meno coerente

valorizzazione: così, si può sostenere ad esempio (come io ho fatto nel libro) che una «politica del rispetto» che valorizzi l'equità, il riconoscimento e la pari dignità dei soggetti è certamente più favorevole allo sviluppo di rapporti fiduciari di quanto non lo sia una politica della disuguaglianza e della mancanza di riconoscimento. Come ha scritto Macioce, infatti, «il riconoscimento reciproco e la fiducia sono in una relazione di circolarità». Questo significa passare dal discorso “descrittivo” a quello “prescrittivo”? Non necessariamente, anche se ritengo del tutto legittimo che — una volta che si sia convinti dell'importanza della fiducia nel diritto, e si sia convinti anche che esista un legame tra quest'ultima e i contenuti di uguaglianza delle norme giuridiche —, si possa poi operare per far sì che questo “diritto fiduciario” possa svilupparsi. Mi sembra uno dei tanti piani su cui si realizza la “lotta per il diritto”, e in questo senso, non solo è corretta la lettura, avanzata da Pugliese, che fa del paradigma fiduciario una delle possibili forme della critica del paradigma utilitarista, ma è opportuna la conseguenza che ne ricava Resta, secondo cui, una volta evidenziata la validità del modello fiduciario, «ne consegue uno specifico onere gravante sul sistema giuridico di definire un'architettura normativa che [...] crei un ambiente ‘abilitante’, capace di promuovere i valori della cooperazione e della fiducia».

4. LE REGOLE DELLA RESPONSABILITÀ

Un discorso analogo a quello condotto fin qui può farsi in relazione al rapporto della fiducia con la struttura delle norme giuridiche. Quello che io propongo è un “diritto per principi”, e quindi un diritto sempre meno “regolato”? O addirittura sto proponendo una *deregulation* generalizzata, e quindi una sorta di società senza diritto? Tolto l'equivoco relativo a quest'ultima ipotesi, dal momento che la mia difesa del diritto orizzontale non coincide affatto con l'ipotesi di una società “di angeli” priva di regolazione giuridica (come in un passaggio sospetta l'amico Javier, a cui rivolgo peraltro la mia immensa gratitudine per essersi fatto carico della traduzione del libro in spagnolo⁷), rimane da chiarire il primo dubbio. Il legame che io ho ipotizzato, nel cap. IV del libro, tra regole e sfiducia, da una parte, e principi e fiducia, dall'altra parte, ha lasciato perplesso più d'uno e questa perplessità è stata qui ben esplicitata nuovamente da Ansuátegui, che assume il punto di vista del cittadino: non è proprio il diritto delle regole, il diritto cioè che garantisce maggiore certezza, a produrre la fiducia nei confronti del diritto?

Non ho difficoltà ad ammetterlo: prevedibilità e calcolabilità sono requisito essenziale della regolazione giuridica e contribuiscono ad alimentare un rapporto di fiducia tra cittadini e istituzioni. In particolare, come ha scritto Andrea Favaro, «la fiducia nel giudice, è fondata sulla “non credenza” della reale possibilità di sentenze

⁷ T. Greco, *La ley de la confianza. En las raíces del Derecho*. Traducción y Prólogo de F.J. Ansuátegui Roíg. Epílogo de F.H. Llano Alonso, Dykinson, Madrid 2023.

“incredibili”. Tuttavia, mi pare che qui si tratti di un caso eclatante di produzione della fiducia attraverso una iniezione di sfiducia, e quindi mi sento di poter dire che siamo in presenza di una doppia conferma: *a)* che l’ordinamento giuridico guarda alla fiducia come ad un suo importante obiettivo, e *b)* che per produrre questa prevedibilità/calcolabilità l’ordinamento deve lasciare quanta meno autonomia possibile a coloro ai quali la norma si rivolge: è proprio perché non può far sì che cittadini e funzionari decidano di volta in volta le modalità di applicazione della norma, che l’ordinamento procede al trinceramento delle regole, chiedendone una applicazione quanto più possibile stabile e uniforme. Ma questo atteggiamento, non si fonda sulla presupposizione che, nell’applicare una norma giuridica, i soggetti dell’ordinamento non siano “per natura” portati a farlo con senso di giustizia, ma piuttosto con animo “reo”, come direbbe Machiavelli? Non è proprio questa presunzione a spiegare — e a richiedere — un diritto “per regole”, possibilmente anche “severamente sanzionate”?

Anche su questo punto, però, vorrei tenere distinti i piani del discorso. Posto che sia chiaro e condiviso il legame che, sul piano descrittivo, io ho voluto mostrare, non è affatto detto che sul piano prescrittivo ne debba discendere l’apologia di un diritto “per principi” da contrapporre a un diritto “per regole”. A me premeva innanzitutto suggerire che la nota distinzione tra principi e regole, che è al centro della teoria giuridica contemporanea, può far tesoro anche di questo altro criterio, riferendo la struttura delle norme non solo alla modalità della loro applicazione ma altresì al grado di fiducia o sfiducia che esse assegnano ai loro destinatari. Sul piano degli auspici, la mia personale opinione è che i due modelli siano entrambi necessari e che in molti casi abbiamo bisogno di regole precise e rigorose; ciò non toglie che in altri casi sia opportuno, e costituisca un miglioramento dell’ordinamento, l’abbandono del modello delle regole — su cui ad esempio si fonda una burocrazia (come quella universitaria) sempre più pervasiva e sempre meno funzionale alle esigenze alle quali è chiamata ad assolvere —, e un maggiore impiego di norme di principio (o comunque più ‘aperte’), le quali hanno la capacità di mettere in moto processi di autonomia e di responsabilizzazione, di cui l’ordinamento ha grande bisogno, e di cui anzi non può, in certi casi, fare a meno; tanto più se si tiene presente che il diritto, come nota Del Bò, chiede continuamente di assumere decisioni discrezionali, che quindi tanto vale esplicitare e rendere visibili (e dunque controllabili). A ciò si aggiunga pure che un maggiore spazio lasciato alla ponderazione implica un’apertura verso quel «ruolo essenziale [di] *pathos* e *ethos*» segnalato da Puppo e Tomasi, che in determinate situazioni può significare semplicemente la possibilità di rendere concreta la giustizia: una giustizia *senza benda*, capace di attenzione verso chi si trova in situazioni che richiedono particolare attenzione. Ha perfettamente ragione Resta, quindi, quando nota che dalle posizioni assunte nel libro «discendono specifiche opzioni alternative, sia in punto di tecnica legislativa, sia di politica del diritto in senso ampio».

Norme che implicano (che cioè contengono e richiedono) maggiore fiducia verso i loro destinatari sono norme che rafforzano anche due valori imprescindibili di ogni ordinamento giuridico che voglia tenersi discosto dal paradigma del dominio: cioè quelli dell'autonomia e della responsabilità, ben sottolineati, e opportunamente tenuti congiunti, nel primo "itinerario critico" proposto da Andrea Favaro. Sottolineare la relazionalità giuridica significa evidenziare i processi di riconoscimento che la norma favorisce; e noi sappiamo bene che quanta meno autonomia quest'ultima lascia ai soggetti ai quali si rivolge, tanto più si innalzano quelle barriere che portano — nelle situazioni più banali, ma anche in quelle più tragiche dove sono in gioco molte vite umane — a dire: "non sono io a decidere, sono le regole". La scomparsa della responsabilità, insomma, è totale là dove l'autonomia del decisore è completamente negata⁸.

5. ITINERARI E SVILUPPI FIDUCIARI

È talmente pervasiva, questa fiducia nel diritto, da andare ad occupare spazi che tendenzialmente (nell'opinione comune) le sarebbero negati: a cominciare dal luogo-simbolo del diritto sfiduciario, rappresentato dal tribunale. Come hanno mostrato Fabio Macioce, per un verso, e Federico Puppò e Serena Tomasi, per l'altro verso, persino dentro al processo si innescano meccanismi e relazioni che invocano e implicano fiducia: sia nei termini di un obbligo di lealtà imposto alle parti nel processo civile, sia in generale mediante il recupero di quella dimensione retorica del diritto che è all'origine e alla base del discorso comune realizzantesi mediante il processo.

Ma se qui si tratta ancora di *vedere* ciò che è già presente nella nostra realtà quotidiana facendone emergere quegli aspetti che ci ostiniamo a voler trascurare nel loro valore teorico e pratico, merita qualche parola la grande quantità di sviluppi possibili che, nei diversi contributi, sono stati ottimamente e convincentemente evidenziati da chi è intervenuto. Non si tratta di rivendicare meriti al mio libro (anche su questo le parole dei recensori sono state troppo generose), ma di far emergere le potenzialità di un tema, che può in effetti rappresentare il riferimento di una svolta radicale nella teoria e nella pratica del diritto. Le problematiche dell'etica medica, richiamate da Macioce e Pugliese, ne rappresentano un caso emblematico in quanto lasciano intravedere quanto sia necessario il ricorso alla fiducia per regolare in maniera adeguata un campo delicatissimo di relazioni sociali. A questo proposito, Alice Pugliese ha scritto parole che assumono, per me, valore generale per

⁸ Norberto Bobbio ha spiegato molto bene, in un suo saggio degli anni '60, che la logica del comando sposta la responsabilità da colui che esegue a colui che ha espresso il comando stesso. Cfr. *Comandi e consigli* (1961), in N. Bobbio, *Saggi per una teoria generale del diritto* (1970), nuova ed. con intr. di R. Guastini, a cura di T. Greco, Giappichelli, Torino 2012, pp. 39-64.

comprendere il modo in cui personalmente intendo l'azione della fiducia nel diritto: «Misurata sull'astratta possibilità distruttiva dell'egoismo, del consumismo, dell'individualismo, nessuna norma sarebbe abbastanza restrittiva da poter prevedere, anticipare e includere ogni caso possibile. Normare le questioni che hanno a che fare con la vita è possibile solo mettendo al centro la fiducia che, non a caso, è il cardine della medicina moderna, basata non solo sull'evoluzione tecnologica, ma sull'alleanza terapeutica come strumento flessibile, relazionale, condiviso per governare la tecnica stessa».

Mi pare davvero una indicazione feconda, che può aprire spazi interessanti anche in altri ambiti dell'esperienza giuridica, a cominciare dal modo in cui la scienza del diritto pensa se stessa e la sua funzione. Più d'uno ha sottolineato la fecondità di un approccio fiduciario in relazione ai temi della formazione dei giuristi: innanzitutto perché mette in discussione un certo tipo di soggetto e costringe a fare i conti — sulla scia di quanto va facendo anche la scienza economica — con un individuo che non sia riducibile al modello dell'attore razionale e sia invece aperto a suggestioni di altro genere (come sottolineato da Andronico, Pugliese, Puppo-Tomasi). Ciò costringe la scienza giuridica ad aprirsi alle altre discipline che studiano il comportamento umano e che «su questi aspetti stanno facendo luce da decenni» (Resta), e la costringe altresì a prendere sul serio le dinamiche di costruzione dell'identità attraverso il confronto con l'alterità, dando il giusto spazio a quella che Puppo e Tomasi chiamano una «pedagogia degli atteggiamenti e delle mosse relazionali».

Ma altrettanto importante è la riflessione che un atteggiamento fiduciario può innescare sul piano istituzionale, come ha ben mostrato Resta nella parte finale del suo intervento. Perché è indubbio che «l'assetto istituzionale [...] contribuisce a preformare il set delle preferenze individuali», ed è quindi particolarmente importante, per non dire urgente, che ad un ambiente strategico che «esalta la logica competitiva» si possa sempre più sostituire, o quanto meno sovrapporre, un ambiente alternativo capace di non marginalizzare i comportamenti altruistici, e soprattutto capace di generare l'incontro piuttosto che lo scontro, la cooperazione piuttosto che la contrapposizione. Si pensi solo alle potenzialità della mediazione e della giustizia riparativa e a quanti benefici possano derivarne in confronto ai ripetuti fallimenti della giustizia punitiva e afflittiva: l'esempio forse più chiaro e radicale, questo, per mostrare quanto la nostra cultura giuridica abbia bisogno di un ripensamento, anzi di un vero e proprio capovolgimento che possa innescare tra livello istituzionale e coscienza sociale un circolo della fiducia alternativo a quello della sfiducia nel quale siamo immersi. Ognuno ha la sua responsabilità nel tenere in vita l'uno e nel dare (o non dare) spazio all'altro. È venuto il tempo in cui la scienza giuridica prenda coscienza di quanto grande sia la sua importanza anche nel determinare questa (possibile) rivoluzione copernicana.