



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

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

Tommaso Greco

**La realtà della fiducia.
In dialogo con Anna Pintore**

Numero Speciale Anno 2022

Ombre del diritto

(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).

La realtà della fiducia. In dialogo con Anna Pintore

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Diritto e coazione – 3. Diritto e fiducia – 4. Fiducia e coercizione – 5. Diritto e giustizia – 6. La fiducia ineludibile – 7. Filosofia giuridica della (s)fiducia.

1. Premessa

Il fatto che una studiosa come Anna Pintore abbia ritenuto di prendere sul serio il libricino con il quale ho cercato di riproporre all'attenzione della cultura giuridica il rapporto tra diritto e fiducia è già di per sé un successo dell'obiettivo che mi ero prefissato; e lo è tanto più se si considera che la stessa Pintore sottolinea ripetutamente il ruolo cruciale che la fiducia gioca nel diritto. Le sono grato, quindi, per la sua attenzione, così come per aver eccellentemente sintetizzato gli argomenti che ha ritenuto di dover criticare, includendo il mio libro tra quelli che sono «degni di maggiore apprezzamento» perché «esprimono al meglio le idee a cui il lettore è ostile» (p. 2). Non è per pura necessità di ricambiare tale complimento se affermo che proprio l'articolo di Anna Pintore ha espresso come meglio non si poteva tutti gli argomenti che ho cercato di criticare nel mio lavoro e con i quali mi sono trovato a confrontarmi in alcune delle occasioni nelle quali il libro è stato discusso.

Le risposte che cercherò di fornire in questa breve replica devono essere precedute da una precisazione, che mi pare essenziale dato che le considerazioni critiche di Pintore muovono dall'«accusa» che io mi sia costruito un avversario di comodo, richiamando in vita il «vetusto (e vieto)» e ormai del tutto impraticato imperativismo (p. 2). Ho qualche dubbio sul fatto che questa sia una modalità del pensiero giuridico scomparsa del tutto dall'orizzonte — e basterebbe rinviare agli scritti di

un insigne studioso come Natalino Irti —; ma a prescindere da questo, occorre ribadire che l'obiettivo polemico del libro, nel quale certamente sono impiegate le tesi di diversi autori che ho ritenuto di chiamare in causa per questo o quell'aspetto del loro pensiero (e tra questi proprio quelle di un presunto antimperativista come Kelsen), è la *cultura giuridica diffusa* — diffusa tra giuristi e cittadini innanzitutto —, una cultura secondo cui la forza normativa del diritto, la sua obbligatorietà e sostanzialmente anche la sua efficacia, riposano essenzialmente sulla forza persuasiva che esso esercita mediante la minaccia e l'esercizio della coazione. C'è un senso comune, che persiste nonostante «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» (p. 3), ed è un senso comune in base al quale il diritto ha senso, ed è utile alla civile convivenza, solo in quanto esso consista (non *anche*, ma *essenzialmente*, se non *esclusivamente*) in minacce e sanzioni.

Questa cultura giuridica provoca a mio parere diverse conseguenze negative, che sono quelle analizzate e criticate nel libro e che si pongono sia sul piano della teoria giuridica, che non ha dato spazio ad altri elementi che compongono la nozione del diritto, sia soprattutto sul piano della pratica giuridica e sociale, agendo negativamente sul senso di responsabilità. La contrapposizione tra un modello sfiduciario e uno fiduciario nasce da qui: dalla necessità di mettere in questione un pensiero diffuso ed esclusivo, nel quale non viene dato alcuno spazio all'affidamento fiduciario e alla responsabilità che i cittadini mettono in atto (non a caso dico: 'mettono in atto', invece che 'dovrebbero mettere in atto') nelle loro relazioni giuridiche. Ecco perché «il *villain* della storia raccontata da Greco» (p. 2) non è la coercizione in sé, ma una cultura nella quale la coercizione assorbe tutto il senso e la realtà del fenomeno giuridico.

Aggiungo che una critica di questa cultura, che si rivolgeva quindi, almeno nelle intenzioni, a un pubblico ampio di lettori non poteva essere realizzata attraverso la discussione analitica di tutte le questioni poste nella accurata nota critica di Pintore senza snaturare il lavoro e riportarlo nell'ambito della letteratura esclusivamente accademica (e senza nulla togliere ovviamente all'utilità di questa letteratura).

2. Diritto e coazione

Le critiche sollevate da Pintore riguardano questioni cruciali della teoria giuridica. Cercherò di rispondere seguendo la progressione degli argomenti impiegati e soffermandomi quindi, dopo il presente paragrafo dedicato al rapporto tra diritto e coazione, sulla natura della fiducia e sui suoi rapporti con il diritto (§ 3) e con la coercizione (§ 4); sul rapporto tra diritto e giustizia (§ 5); sulla presunta ‘moralizzazione’ del discorso giuridico che deriverebbe dal modello fiduciario (§ 6); sul ruolo che spetta alla filosofia del diritto, soprattutto nei confronti del potere (§ 7).

Sulla prima di queste questioni non ho difficoltà ad accogliere molte delle affermazioni di Anna Pintore. Potrei anzi dire che nessuna delle cinque proposizioni da lei elencate viene criticata in quanto tale nel mio libro. Anche io credo, infatti: (1) che la coercizione abbia un ruolo cruciale nella definizione del diritto; (2) che la coercizione non equivalga *tout court* all’uso della forza fisica e che si riferisca alla monopolizzazione dell’uso di quest’ultima da parte dello stato, la quale si manifesta in una pluralità di forme; (3) che la coercizione non sia il fine del diritto, ma il suo mezzo (o, volendo, anche il suo contenuto, riprendendo la nota ridefinizione kelseniana e bobbiana del diritto come regolazione dell’uso della forza); (4) che le motivazioni che spingono i consociati ad ubbidire alle norme siano della più diversa natura; e infine (5), che un qualsiasi ordinamento giuridico debba necessariamente far conto su un’obbedienza spontanea più o meno diffusa. Non solo non ho messo in questione questi punti, ma credo di averli inclusi — spero senza contraddirmi — nelle tesi che ho cercato di difendere. Gli ultimi due, in particolare, sono parte di quella descrizione realistica degli ordinamenti giuridici che, a mio parere, viene perduta in una visione esclusivamente coattivistica. Il problema, quindi, non è dato da queste tesi, ma dall’assumerle come esclusivo riferimento di una visione del diritto che sopprime totalmente, in particolare, l’elemento della relazionalità, che rappresenta il grande escluso di ogni visione coercitivistica del diritto, anche depurata dalle presunte esagerazioni che mi hanno indotto a parlare di ‘paradigma sfiduciario’. Non ho difficoltà, dunque, a sottoscrivere l’affermazione che «ogni discorso relativo al diritto, anche

quello concernente il ruolo della fiducia al suo interno» (p. 3) non possa non muovere da quei punti; purché essi non finiscano per assorbire tutte le dimensioni che confluiscono nel costituire la complessità dell'esperienza giuridica. In altre parole, il mio obiettivo non era tanto di *annullare* la funzione che la dimensione coercitiva gioca nella definizione e nella pratica del diritto, ma di *integrare* questa funzione e di farla *precedere* da quella regolativa, spostando l'attenzione sulle relazioni che ogni norma giuridica mette sempre e necessariamente in gioco non appena venga posta da chi ha il potere di farlo.

3. *Diritto e fiducia*

Nel soffermarsi sui diversi significati della fiducia e sulle relazioni che essi stabiliscono con il diritto Anna Pintore evidenzia quella che è forse la lacuna principale del mio lavoro. Chi lo ha letto sa che la questione della fiducia non viene affrontata esplicitamente, ma viene per così dire lasciata sullo sfondo, presupponendo che il suo senso generale risulti chiaro al lettore. Naturalmente, anche qui, si poteva ben fare una scelta diversa. Ho dato invece per scontato che, nell'economia del lavoro, il riferimento alla fiducia — in qualunque modo essa possa essere intesa, e tanto più se si pensa, come precisa anche Pintore, che «non tutte queste distinzioni sono tra loro alternative, anzi alcune sono tra loro sovrapponibili, in tutto o in parte» (p. 6) — fosse tale da non richiedere approfondimenti e chiarimenti particolari e specifici, dal momento che sempre essa implica l'affidamento di un soggetto nei confronti di un altro soggetto (e il collegamento che Pintore intravede tra i diversi significati ne è una conferma). Tanto bastava al mio ragionamento, che aveva l'obiettivo di spostare l'attenzione dal rapporto coercitivo che la legge instaura tra stato e cittadino al rapporto diretto tra consociati, portando in evidenza il fatto che, dentro la relazione giuridica, si realizza sempre un affidamento, la cui intensità varia da situazione a situazione, ma che è sempre presente, qualunque sia la natura della relazione giuridica che è oggetto della norma in questione (come dimostrano i punti *b* e *c* della classificazione fatta da Pintore, pur nelle loro diverse implicazioni). Questa scelta sconta evidentemente il rischio di «una certa

allusività», dato «il carattere sfuggente, l'indeterminatezza e l'equivocità» del concetto (p. 5). E tuttavia, era proprio questo il rischio che ho voluto correre nella piena consapevolezza che richiamare la fiducia, in qualunque forma, volesse dire rimettere sul tavolo proprio quei concetti con i quali essa, più che rischiare di essere assimilata, è inevitabilmente collegata, a cominciare da quello di cooperazione. Ciò non significa, però, che io abbia voluto prioritariamente «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» (p. 8). Pur consapevole di questo (probabile) esito del mio discorso, ho voluto innanzitutto — sul piano *descrittivo* — mettere in luce un aspetto che è di solito trascurato in ogni *descrizione* del diritto, e certamente giovandomi della 'fluidità' che l'imprecisato concetto di fiducia garantiva al ragionamento.

Benissimo, dunque, che Pintore ritenga «vero, anzi sacrosanto», «affermare che il diritto si fonda interamente sulla fiducia e la presuppone come propria condizione di esistenza» (p. 8), ma sappiamo bene che si tratta di una affermazione che, non solo non è affatto scontata, ma che soprattutto è pochissimo presa sul serio nelle sue implicazioni teoriche e pratiche. Pochissimo presa sul serio, anche (o proprio) allorché si insiste, come fa Pintore, sulla funzione 'rassicurante' che il diritto svolge quando è chiamato a intervenire «per ridurre con strumenti coercitivi il rischio insito nel concedere fiducia e appresta rimedi nei casi in cui la fiducia sociale sia stata malriposta» (p. 8). Perché nessuno — certamente non io — nega che il diritto faccia anche questo, e che questo sia necessario per poter parlare del diritto, mentre invece mi pare indubbio che nell'immaginario diffuso che ho preso di mira questo aspetto annulli completamente quel momento fiduciario, la fase dell'affidamento e, se vogliamo, del rischio, che è insito nella relazione che la norma giuridica mette in campo. Quando dico 'insito nella relazione' mi riferisco a qualunque tipo di relazione giuridica, sia tra cittadini, sia persino tra cittadini e istituzioni, ed è solo a partire da questa comune radice fiduciaria che si può poi ragionare sulle varie, e talora radicali, differenze tra i vari livelli del rapporto tra cittadini e istituzioni

e tra i diversi tipi di soggetto con i quali di volta in volta abbiamo a che fare, richiamate giustamente da Anna Pintore.

4. *Fiducia e coercizione*

Dovrebbe essere chiaro, perciò, che non si tratta di contrapporre coercizione e fiducia in maniera tale che ne risultino due modelli di diritto contrapposti e alternativi; si tratta invece di rappresentare il diritto in maniera completa, evidenziando che *prima della coercizione c'è la relazione*, e che dunque prima, non solo dell'intervento concreto, ma anche della minaccia della sanzione, c'è (e non può non esserci) il momento dell'affidamento e del rapporto tra i diritti e i doveri dei soggetti della relazione. Ciò significa che la fase dell'affidamento, che poi coincide con il profilo della responsabilità reciproca, e la fase della (eventuale) coercizione concorrono a rappresentare entrambi l'immagine del diritto. In altre parole, così come non si può negare l'assoluta imprescindibilità del momento coercitivo, mi pare non si possa negare, non solo l'assoluta imprescindibilità, ma anche la priorità cronologica e logica del momento relazionale.

Le considerazioni di Pintore, tuttavia, riguardano un punto del rapporto tra fiducia e coercizione diverso da quello su cui mi sono appena soffermato. Posta la loro compresenza dentro il concetto e la realtà del diritto, dal mio discorso i due momenti risultano alternativi nel senso che il rapporto giuridico sembra basarsi, di volta in volta, a seconda della fase nella quale viene a trovarsi la relazione (orizzontale o verticale), *o* sulla fiducia — ed è il momento in cui è richiesto lo spontaneo e corretto adempimento dei doveri da parte di ciascuno — *oppure* sulla coercizione, nel momento in cui quell'adempimento è mancato e occorre quindi fare ricorso al sistema dei rimedi e delle tutele. Invece no, dice Pintore, perché i due aspetti sono sempre compresenti e coimplicantisi. Solo che, per supportare la sua tesi, Pintore afferma *a)* che la fiducia è sempre legata a una qualche forma di pressione sociale, la quale quindi rappresenta un immancabile «sfondo di meccanismi coercitivi e sanzionatori», e quindi, *b)* richiamandosi ad Hart, che la

cooperazione volontaria si iscrive integralmente dentro una circonferenza ben segnata (e vigilata) dalla coercizione (p. 6).

Non posso non notare che il rinvio ad una generica ‘pressione sociale’ ha la stessa fluidità che è stata sottolineata nel concetto di fiducia al quale io mi sono riferito, il che rende complicato capire quanto effettivamente sia la pressione a motivare i comportamenti sociali. Ma non è questo il punto essenziale. La questione fondamentale è che, con le sue considerazioni, Anna Pintore fa virare decisamente il suo discorso verso il modello che ho chiamato sfiduciario, dal momento che arriva a negare, di fatto, che lo spazio e il ruolo della fiducia nel discorso giuridico (ma anche al di fuori di questo) possa dipendere da altri fattori che non siano riconducibili alla costrizione (se pure proveniente da una indefinita pressione sociale). È un argomento ricorrente, che io ho ricordato nel mio libro riferendomi alle tesi di Olivecrona. Mi pare però che con questo argomento venga meno del tutto la compresenza di costrizione e fiducia (intesi come elementi distinti) che pure viene affermata esplicitamente nello scritto di Pintore. È sempre la coercizione a giocare l’asso di briscola, lasciando alla fiducia uno spazio che è sin dall’inizio, *et pour cause*, poco fiduciario.

Personalmente, quindi, non avrei alcuna difficoltà a sottoscrivere le parole secondo le quali «non v’è nulla di paradossale nella tesi per cui è proprio la coercizione giuridica ad essere [...] presidio di fiducia nelle relazioni sociali» (p. 13); ma a patto di chiarire che questa affermazione può essere declinata in due maniere differenti: o, come ho cercato di sostenere, assegnando alla fiducia un momento autonomo, sebbene sempre legato alla (possibilità della) coercizione; oppure, come appunto sostiene Pintore, riportando la fiducia integralmente sul terreno della coercizione e facendo di quest’ultima non solo il presidio ma anche la «sorgente» prima e ultima della fiducia. È chiaro che se si riconduce la fiducia sempre e comunque alla coercizione (più o meno visibile) si finisce semplicemente per...togliere la fiducia. Ma davvero i cultori del realismo credono (e vogliono farci credere) che quando stipuliamo un qualsiasi contratto — anche quello del caffè al bar la mattina — confidiamo nel fatto che l’altro si comporterà correttamente solo perché sappiamo che la forza verticale del diritto è a nostro sostegno?

Stipuleremmo lo stesso quel contratto se sapessimo fin dall'inizio che verremo truffati, ma che comunque otterremo soddisfazione per le nostre pretese grazie alla coercizione offerta dalla garanzia giurisdizionale? Attenzione: qui non si sta parlando delle motivazioni in base alle quali l'altro agirà di fatto (che possono essere della più diversa natura, come sappiamo bene e come pure ripete Pintore); si sta parlando invece delle ragioni per le quali noi ci aspettiamo che l'altro farà ciò che deve fare: ragioni che — è questa la mia tesi di fondo — implicano sempre una quantità più o meno grande (variabile, a seconda delle situazioni e dei soggetti coinvolti) di affidamento. Tutto qui.

È chiaro che se si vincola il discorso al livello minimo della meccanica sociale, quello appunto ancorato alle dimensioni della coercizione — un livello che sembra non chiedere nulla e non mettere in gioco alcuna responsabilità di chi agisce — allora diventa facile, coerentemente con la tradizione del realismo politico, considerare la propria prosa più aderente alla realtà rispetto alla poesia moralisteggiante di chi insiste nel sottolineare che persino nel diritto esiste uno spazio per l'affidamento, pur nelle mille sfumature che questo può implicare. Se i comportamenti che compongono la realtà giuridica sono spiegabili sempre e comunque a partire dalla coercizione, ogni elemento ulteriore assume il colore della morale, e ogni richiamo ad esso fa acquistare al discorso le sembianze del moralismo. Pretendere che nel diritto sia lasciato uno spazio al riconoscimento delle ragioni altrui diventa quindi riferirsi «ad un'attitudine virtuosa, a una disposizione altruistica/solidaristica dei singoli nei rapporti col prossimo» (p. 12). Il che a me pare evidente, quando solo si arrivi ad ammettere che il diritto implica sempre un rivolgersi alle ragioni e alle aspettative dell'altro, anziché un modo per togliere definitivamente questa relazione. E per sostenere che ci siano queste ragioni e queste aspettative non c'è alcun bisogno di approdare a una visione ingenuamente ottimistica della natura umana, che si contrapponga a quella pervicacemente pessimistica del modello machiavelliano e hobbesiano. C'è solo bisogno di ammettere che la tendenza alla lealtà e alla cooperazione fa parte di questa natura, almeno quanto quella che le è opposta, ed è proprio perché esiste questa tendenza che possiamo concepire una dimensione fiduciaria che precede

quella coercitiva. Forse potremmo davvero liberarci dei pregiudizi di cui ci ha, secondo Pintore, liberato Hart, non dicendo che è «lo sfondo coercitivo rappresentato dalle varie forme di controllo sociale» a rappresentare «il motore per lo sviluppo di atteggiamenti altruistici e benevolenti» (p. 12), ma riconoscendo che c'è un circolo tra gli uni e gli altri nel quale è difficile stabilire nessi di causalità unidirezionali. Ammettere l'esistenza di una disposizione a cooperare che sia in una qualche misura autonoma dalla possibilità della costrizione è forse un modo più vicino alla realtà di quanto non lo sia l'unidimensionale ipotesi coercitivistica.

5. *Diritto e giustizia*

Se il concetto di diritto al quale mi riferisco risulta chiaro allora si può facilmente rispondere ad un altro dei rilievi critici avanzato da Anna Pintore (che si richiama a Francesco Riccobono), riguardante la presunta visione edificante che starebbe alla base del 'diritto fiduciario' (p. 7). Non credo affatto di aver preso un *particolare* tipo di diritto (quello dello stato democratico-costituzionale) e di averne fatto il modello ideale di *ogni* forma giuridica. Ho semplicemente affermato che il diritto — sì: ogni tipo di diritto — implica sempre un comportamento che un soggetto è tenuto ad avere nei confronti di un altro soggetto e che ciò determina delle aspettative; aspettative che ho avuto l'azzardo di chiamare *fiduciarie* in quanto, a mio parere, esse non riposano esclusivamente sulla certezza (?) dell'intervento coercitivo ma, almeno in primissima istanza, si fondano sull'aspettativa/fiducia che l'altro terrà il comportamento previsto dalla norma.

Includere questa dimensione orizzontale nella teoria del diritto non ha peraltro gli effetti deleteri che le sono assegnati da Pintore. Ha solo l'effetto di rendere maggiormente evidente il fatto che in certi casi la relazione tra i soggetti è di pieno riconoscimento della pari dignità di ciascuno, mentre in altri casi questa relazione diventa di puro dominio. Né più ne meno, peraltro, di come una definizione che insista sul diritto come regola della forza ci aiuti a vedere meglio la differenza tra un sistema giuridico garantistico, nel quale la forza di chi è autorizzato a

impiegarla è ben controllata, e un sistema giuridico nel quale invece questo controllo diventa più difficile perché i poteri sfuggono ai limiti imposti dal diritto. In entrambi i casi (come in *tutti* i casi), si tratta di definizioni che si muovono sempre tra il descrittivo e il normativo, perché qualunque definizione del diritto contiene in se stessa un qualche elemento che indirizza il giudizio su cosa sia o non sia diritto.

Casomai, il vantaggio di una definizione che include la dimensione orizzontale è di rendere esplicito che il diritto cammina sulle gambe di coloro che dovranno poi concretamente fare ciò che esso chiede di fare, e magari rendere più sensibili le coscienze verso le norme che chiedono di mettere in atto comportamenti ingiusti o disumani. Non c'è nessuna immagine edulcorata, quindi, ma solo un'immagine del diritto che, rendendo visibile ciò che altre definizioni nascondono, è forse più adatta a render conto del fatto che gli ordinamenti giuridici usano tecniche tra loro differenti, ma che in ogni caso non possono non far conto sulla cooperazione di coloro (non solo i funzionari, ma anche i cittadini) che dovranno applicare le norme. Questo non vuol dire «dipingere di rosa» (p. 14) ordinamenti che, visti dal nostro particolare punto di vista, risultano inaccettabili o addirittura spregevoli; vuol dire invece che anche in questi ordinamenti il diritto fa conto sul comportamento dei consociati, e quindi genera una certa dose di aspettative. Certo, se ci poniamo all'estremo dello spettro e ipotizziamo ordinamenti che siano fondati totalmente sul dominio violento, non credo che si debba essere giusnaturalisti per arrivare a dire che qui non siamo davanti a un ordinamento giuridico ma appunto né più né meno che a una forma di violenza.

Diverso è il discorso quando si intravedono gli effetti normativi dell'orizzontalità, che qui sono ineliminabili come lo sono per ogni altra definizione del diritto. Perché, se prendiamo sul serio l'idea che nel diritto ci sia una dimensione orizzontale, inevitabilmente spostiamo l'attenzione su ciò che ognuno fa a qualcun altro e rendiamo quindi evidente che il diritto ha una 'vocazione' che è quella di regolare una relazione, piuttosto che quella di costringere qualcuno a fare qualcosa perché il detentore del monopolio della coercizione impone di farla. E se siamo d'accordo che questa vocazione sia un elemento fondamentale

del diritto, allora è probabile che «tutti i buoni valori che Greco vede collegati a cascata alla fiducia, come orizzontalità, cooperazione, solidarietà e fraternità» (p. 14), ci appaiano come elementi che la norma di volta in volta può riconoscere o disconoscere, facilitare o rendere più difficili, o addirittura negare in radice. Proprio il ritenere che quei buoni valori siano in qualche modo interni all'idea del diritto mi ha portato a scrivere che quando il diritto diventa lo strumento del dominio di qualcuno su qualcun altro ciò che ci aspettiamo — o ciò che dobbiamo mettere in atto, se siamo noi a dover compiere l'azione richiesta — non è l'ubbidienza ma la disubbidienza, esattamente per evitare di operare «all'interno di un regime abietto per ottemperare alle norme abiette che esso impone» (p. 14).

A questo punto possiamo dire una parola (definitiva?) anche sul ruolo e il valore della coercizione. Anche qui Pintore mi imputa — ma con qualche incertezza — di aver 'moralizzato' la mia trattazione (p. 12): l'avrei fatto usando l'argomento che la coercizione è essenziale perché ci permette di difendere i deboli contro i forti (e al netto delle considerazioni sulla facilità di individuare di volta in volta chi siano gli uni e gli altri: mi sono riferito evidentemente a casi di immediata evidenza, che ahinoi sono anche quelli più drammatici). Ora, l'aver richiamato questo aspetto è stato un modo per sottolineare che è impensabile fare totalmente a meno della coercizione: diciamo che ho usato un argomento 'facile' per togliere ogni possibile equivoco su un tema che si presterebbe a facili illusioni. Ma che la coercizione sia un elemento essenziale e ineludibile del diritto penso di averlo chiarito in più punti del mio lavoro (e anzi, questa tesi mi è stata talvolta rimproverata come elemento di contraddizione rispetto alla tesi relazionale). Non avevo alcuna intenzione di delineare un diritto che faccia a meno della coercizione, ma piuttosto di sottolineare che la coercizione è solo *uno* degli elementi che ci aiutano a capire cosa il diritto sia e come concretamente funzioni. Se questo elemento si impossessa di tutto il campo, allora credo che abbiamo un problema che riguarda sia la teoria, sia la pratica del diritto.

6. *La fiducia ineludibile*

Posso concludere a questo punto dicendo che non si tratta di valutare se la fiducia «sia cosa buona e la sua assenza cosa cattiva» (p. 17), ma di ammettere che c'è un momento ineliminabile *nella realtà del diritto* nel quale noi ci affidiamo ad altri soggetti che entrano con noi in relazione giuridica. Ciò non significa voler dare in mano alla fiducia quell'asso di briscola che abbiamo tolto dalle mani della coercizione. E non vuol dire nemmeno che la fiducia occupi ogni spazio dell'agire giuridico (o di qualunque altro agire, come quello economico richiamato da Pintore). Ci sono momenti in cui prevale, ed è persino giusto che prevalga, la sfiducia (ad esempio quando si apre un conflitto); momenti nei quali la cooperazione lascia spazio alla competizione (e magari è bene che lo faccia, anche se personalmente non penso che lo sia sempre e comunque); momenti nei quali la sfiducia può essere un fattore di crescita più di quanto non possa esserlo la fiducia. E sono d'accordo con Pintore nel sostenere che riconoscere tutto questo «non equivale a raffigurare gli esseri umani come esseri per natura egoisti, ostili o non cooperativi» (p. 9). Purché, ovviamente, si riconosca che a questo gioco partecipa anche la fiducia, in un ruolo che è almeno paritario rispetto a quello degli altri protagonisti.

Questa ineliminabile e feconda compresenza di fiducia e sfiducia mi pare sia evidente proprio sul piano del rapporto con le istituzioni e tra le istituzioni, che Pintore richiama in conclusione della sua nota per affermare in via definitiva la necessità — anzi, addirittura il dovere — della sfiducia. Che il moderno stato costituzionale e liberaldemocratico nasca sulla base di un fondamento sfiduciario nei confronti del potere è indubbio, tanto che mi pare assolutamente corretto parlare di «istituzionalizzazione della diffidenza» (p. 18), come fa Pintore sulla scia di Rosanvallon; così come è indubbio che sia salutare mantenere un atteggiamento di diffidenza verso ogni potere (e quindi anche verso ogni soggetto che sia chiamato ad esercitarne). Ma domando: non è altrettanto indubbio che ogni sistema istituzionale implichi un circolo fiduciario tra cittadini e istituzioni, e che anzi è tipico delle istituzioni liberaldemocratiche e costituzionali l'aver reso possibile a questo circolo

di esplicitarsi in maniera sempre più evidente e consistente? Tutte le cose buone «che il diritto occidentale ci ha portato e continua a portarci» (p. 10) e che sono nate innegabilmente dalla «sistematica diffidenza verso il potere» — ad esempio quelle richiamate da Pintore, come la rappresentanza, il controllo pubblico dei poteri, il sindacato di costituzionalità — non si portano dietro, altrettanto inevitabilmente — e non come loro conseguenza, ma come loro necessaria condizione — una dose massiccia di investimento fiduciario? Perché, ad esempio, mandiamo (o almeno, votiamo per mandare) l'uno piuttosto che l'altro in Parlamento? Perché invociamo l'intervento del legislatore affinché dia una soluzione normativa a certi problemi? Perché, e in base a che cosa, ci rivolgiamo a un giudice affinché ci renda giustizia? Certamente, bisogna essere vigili nei confronti di ogni possibile abuso di potere, e mantenere alto il livello della diffidenza; ma ad un potere che agisce nel cerchio di quanto gli è consentito e che si adopera per raggiungere obiettivi che riteniamo accettabili o giusti, non attribuiamo anche un po' di fiducia, e non aspettiamo che faccia ciò che è tenuto a fare? Se il 'diritto del potere', cioè la sua potenza, si fonda in ultima istanza sul diritto-potenza degli individui — come ha spiegato in maniera a mio parere inoppugnabile Baruch Spinoza — non è, questo diritto, fondato su un rapporto di fiducia tra cittadini e governo? E non è proprio il nascondere questo aspetto che produce sul piano pratico l'occultamento delle responsabilità che spesso ci fa accettare ogni piccolo o grande abuso del potere? Quando chiediamo che venga punito chi abusa del suo potere, o quando semplicemente gli togliamo il nostro consenso, non è perché sentiamo tradita la fiducia — sia pure la fiducia più formalizzata — che avevamo riposto in lui? E a voler restringere il campo quanto più è possibile, non è almeno la fiducia dei funzionari, dei poliziotti, di coloro che detengono l'uso della forza fisica a garantire che un sistema possa reggersi concretamente?

Una considerazione a parte devo dedicare alla rapida osservazione che Pintore fa in nota, con riguardo alla discrezionalità degli organi giuridici, là dove essa sottolinea che il mio promuovere «sia pure con cautela la normazione per principi come fattore di incremento della fiducia» non tiene conto del fatto che la discrezionalità «connessa

all'indeterminatezza delle disposizioni giuridiche, in quanto fattore produttivo d'incertezza è senza dubbio antagonista della fiducia stricto sensu oltre che dell'affidamento» (nt. 31, p. 19). Il tema è ovviamente di quelli che non possono essere liquidati con una battuta, tanto più che mi pare il classico caso nel quale sono vere entrambe le affermazioni che sono al centro della questione: è vero cioè (come ho scritto io) che allargare le maglie di una fattispecie e così rendere la norma più elastica implica il riconoscimento di una certa dose di fiducia nei confronti di chi deve applicarla; così come è vero che (come ha scritto Pintore) questa 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». Proprio per evitare equivoci ho scritto esplicitamente nel libro che la mia non è una polemica contro le regole *tout court*. È una polemica, questo sì, nei confronti di un certo modo di pensare alle regole (che è peraltro alla base della nostra burocrazia), un modo che vede nelle regole rigidissime la soluzione per ogni tipo di situazione, comprese quelle nelle quali un minimo di ragionevolezza dovrebbe e potrebbe condurre a pensare e agire in maniera differente. Ma questo lo si può fare solo se si esce da quella mentalità che ho chiamato *machiavellismo giuridico*, secondo cui ognuno tende a fare il male non appena ne abbia l'occasione. Penso che la burocrazia universitaria con la quale sia io che Pintore abbiamo a che fare quotidianamente, quella che ad esempio ci costringe a fornire ricorrentemente alla nostra università una serie di dati di cui essa dovrebbe teoricamente già essere in possesso, ne sia un'ottima dimostrazione. Non si tratta tra l'altro di affidare poteri arbitrari (se pure minimi), ma di individuare quei casi nei quali si possa operare in una maniera meno formalizzata, con controlli da effettuare a valle delle operazioni compiute piuttosto che a monte delle operazioni da compiere.

7. *Filosofia giuridica della (s)fiducia*

Un'ultima rapidissima osservazione va fatta a proposito della chiosa dedicata da Pintore alla filosofia del diritto, chiamata a coltivare «un

atteggiamento di sistematica sfiducia nei confronti del proprio oggetto, nel solco della tradizione liberale», dal momento che «il monopolio della coercizione caratterizza non solo il diritto abietto, ma anche il diritto democratico-costituzionale». Con una immagine forte, e riprendendo parole di Guido Fassò, Pintore ci ricorda che «una tigre addomesticata non cessa di essere una tigre» (p. 19).

Ringrazio l'illustre Autrice per aver richiamato, se pure *en passant*, questo tema perché mi permette di avanzare una riflessione che non è presente nel libro, anche se sta evidentemente sullo sfondo. È chiaro infatti che, anche se non tratta il tema esplicitamente, il libro interpreta in un certo modo la natura e il ruolo della filosofia del diritto. Natura e ruolo che a mio parere non possono non essere *critici* innanzitutto nei confronti di ogni tentativo di chiudere il discorso sul diritto dentro un recinto tecnico e specialistico, che è poi la modalità che più conviene ad ogni potere costituito. Mi colpisce particolarmente quindi l'invito a stare in guardia contro l'immagine edulcorata del diritto, che evidentemente deriverebbe dal mio libro. Penso di aver fatto esattamente il contrario e credevo anzi di essere riuscito a convincere il lettore che nel mio testo non c'è alcun invito all'acquiescenza o alla cieca ubbidienza nei confronti del potere (ed è un'osservazione, questa, che rivolgo anche a Ilario Belloni e al suo scritto contenuto in questa stessa Rivista, nel quale molte considerazioni sono dedicate al mio libro). L'aver richiamato l'attenzione sulla relazione intersoggettiva che ogni norma giuridica instaura serve proprio a vigilare su ciò che ogni potere — e a maggior ragione quello che usa il diritto come «veicolo elettivo» per «farsi dispotico, oppressivo, tirannico» (p. 11)— ci chiede di fare all'altro. È una chiamata alla responsabilità di tutti e di ciascuno, non un invito a chiudere gli occhi: perché, come ho scritto nel libro (p. 152), «quando il diritto diviene ingiusto, siamo noi che diventiamo ingiusti». A meno che non decidiamo di disubbidire, come forse saremo più portati a fare se saremo consapevoli che la norma sta chiedendo a noi di fare qualcosa a qualcun altro, anziché chiuderci (e così autoassolverci) nella considerazione che facciamo quel che facciamo perché il Potere ci costringe a farlo con la forza.

ABSTRACT

Qual è il ruolo della fiducia nel diritto? E quale relazione essa mantiene con la coercizione? Alcune risposte alle considerazioni di Anna Pintore.

What is the function of trust in law? and what relationship does it maintain with coercion? some answers to Anna Pintore's considerations.

PAROLE CHIAVE

Fiducia, coercizione, diritto, cooperazione,
filosofia del diritto, Anna Pintore

Trust, coercion, law, cooperation,
philosophy of law, Anna Pintore

TOMMASO GRECO

Email: tommaso.greco@unipi.it

