

SULLA COMPLESSA RELAZIONE TRA DIRITTO E FIDUCIA

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG

Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba

Departamento de Derecho Internacional Público, Derechos Eclesiástico del Estado y Filosofía del Derecho

Universidad Carlos III de Madrid

javofil@der-pu.uc3m.es

ABSTRACT

In this paper I analyze Tommaso Greco's proposal regarding the relationship between Law and trust, focusing on some points and showing its complex and multidimensional nature; and showing some consequences related to the concept of Law.

KEYWORDS

Trust, sanction, ethics, conflict, security.

1. LA CONTINUAZIONE DI UNA LINEA DI PENSIERO

Da tempo discuto con Tommaso Greco della tensione tra l'orizzontalità e la verticalità nel diritto; altresì, del recupero dei doveri in un discorso dominato dai diritti¹. Tali questioni sono presenti in modo più o meno evidente ne *La legge della fiducia*. Sono, quindi, grato a Ferdinando Menga e ai colleghi di *Etica&Politica* per avermi offerto questa rinnovata opportunità di continuare una discussione e una riflessione che ritengo interessanti e fruttuose.

A tal proposito, non è mia intenzione passare in rassegna ogni singola questione affrontata nel libro. Sarebbe impossibile, tra le altre cose, perché ci troviamo di fronte ad un libro che, per dirla senza mezzi termini, dà una prima impressione sbagliata. È un libro breve e questa brevità può indurre a pensare che gli argomenti e gli approcci siano semplici. Ma questa impressione, se c'è, viene meno non

¹ V. ANSUATEGUI ROIG, F. J., "L'età dei diritti, al di là dei doveri", in BALLARINI, A. (ed), *Novecento del diritto*, Giappichelli, Torino, 2019, pp. 9-40; ID., "¿De los derechos a los deberes? Una primera aproximación", *Soft Power. Revista euro-americana de teoría e historia de la política y del derecho*, vol. 5, n° 2, julio-diciembre 2018, pp. 19-33

appena si inizia a leggere il libro. L'invito alla riflessione è immediato. Infatti, molti dei temi centrali della filosofia del diritto sono — come vedremo — affrontati, direttamente o indirettamente, nelle pagine scritte da Tommaso Greco: per fare qualche esempio, pensiamo al rapporto tra diritto e forza, al ruolo del diritto nei sistemi normativi nel loro complesso, alla distinzione tra regole e principi e alle loro conseguenze in relazione al lavoro degli operatori giuridici e alle reazioni dei cittadini, alla struttura della norma giuridica, alle ragioni dell'obbedienza (e della disobbedienza) al diritto. In breve, non sono presenti tutti i temi importanti della filosofia del diritto, ma tutti i temi presenti sono importanti. Questo dimostra la ricchezza e la complessità del libro.

Ricchezza e complessità che rendono difficile, come già sottolineato, sviluppare un commento o una riflessione sullo stesso, e che obbligano a selezionare determinati argomenti su cui concentrare il discorso. In questo senso, mi concentrerò su alcune delle questioni che ritengo più rilevanti o degne di essere discusse. Del resto, il libro ha già dato luogo a un buon numero di recensioni e commenti, seminari e presentazioni durante i quali è stato abbondantemente analizzato².

D'altra parte, il libro si inserisce in una linea di riflessione che Tommaso Greco sta sviluppando da diverso tempo³. È quella che si riferisce alla rivendicazione dell'orizzontalità del diritto, della rilevanza dei doveri e, in definitiva, alla critica di una certa versione del diritto, che è quella di quel positivismo giuridico che enfatizza l'imperativismo, la dimensione coercitiva e il primato della sanzione (intesa in senso negativo, secondo la caratterizzazione di Bobbio). Allo stesso tempo, continua a rivendicare la rilevanza dei doveri. Ciò invita a riflettere sulla validità di quell'inflessione a cui Bobbio si riferiva quando parlava di “vera e propria rivoluzione copernicana”⁴; di quel “radicale rovesciamento del punto di vista tradizionale del

² È stata appena pubblicata la traduzione in spagnolo del libro: T. GRECO, *La ley de la confianza. En las raíces del Derecho*, trad. y prólogo de F. J. Ansuátegui Roig, epílogo de F.H. Llano Alonso, Dykinson, Madrid, 2023. Inoltre, il numero 48 di «Derechos y Libertades» (gennaio 2023) contiene una sezione monografica con i contributi di Antonio Pérez Luño, Andrés García Inda, Emilia Bea e Rafael de Asís y Javier Ansuátegui.

³ Tra i suoi lavori, mi limito a segnalare: *Diritto e legame sociale*, Giappichelli, Torino, 2012; “Prima il dovere. Una critica della filosofia dei diritti”, in S. Mattarelli, *Il senso della repubblica. Doveri*, FrancoAngeli, Milano 2007, pp. 15-30; “Doveri/legami. Per una rinnovata cittadinanza”, in *Ethos repubblicano e pensiero meridiano*, a cura di F. Frediani e F. Gallo, Diabasis, Reggio Emilia 2011, pp. 154-164; “Relazioni giuridiche. Una difesa dell'orizzontalità nel diritto”, *Teoria e critica della regolazione sociale*, Mimesis, Milano, 2014, pp. 9-26; “Algunas reflexiones sobre la horizontalidad del derecho”, en *Crónica Jurídica Hispalense. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla*, 2016 (14).

⁴ BOBBIO, N., “L'età dei diritti”, in *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990, p. 56.

pensiero politico”, sia classico che medievale, che implicava “l’attribuzione agli individui non di diritti ma prevalentemente di obblighi”⁵.

Ebbene, sia la rivendicazione dei doveri che la critica del positivismo sono fonte di interessanti sfide intellettuali. Da un lato, la rivendicazione dei doveri di cui parla Tommaso Greco invita a chiedersi fino a che punto ci troviamo in una dinamica “premoderna”: non tanto per il ritorno a strutture politiche e giuridiche tipiche del contesto premoderno, quanto per la perdita di protagonismo di quello che potremmo considerare il punto di riferimento per l’articolazione delle strutture giuridiche e politiche nella modernità: i diritti. Allo stesso modo, va sottolineato in questa prima fase, che il positivismo che Tommaso Greco individua come bersaglio della sua critica non è il positivismo considerato in termini generali (né il positivismo metodologico che afferma la separazione concettuale tra diritto e morale e la possibilità di una definizione neutrale – in termini di valore – tra i due sistemi normativi⁶), piuttosto quello che Bobbio identificherà come positivismo teorico⁷. Vale la pena ricordare, a tal proposito, che questo tipo di positivismo incontra già un discorso critico che parte dalle fila del positivismo stesso (si pensi alla critica di Hart rispetto ad una visione esclusivamente sanzionatoria e imperativista del diritto); il che permette di constatare, e questa è una dimensione interessante del libro, che tradizionalmente molte delle critiche al positivismo (in qualunque sua versione) provengono dalle stesse fila positiviste. Ebbene, è interessante notare che un critico del positivismo come Tommaso Greco non assume (in linea di principio) una prospettiva giusnaturalista. Anche se, come vedremo alla fine di queste righe, ciò può essere eventualmente puntualizzato. In ogni caso, la proposta di Greco ci permette di riflettere ancora una volta sull’utilità di continuare ad articolare il discorso giusfilosofico attraverso le categorie e le etichette che nei secoli hanno caratterizzato la discussione.

2. ALCUNE QUESTIONI GENERALI

Prima di entrare nel merito di alcune questioni specifiche, vorrei sollevare alcune riflessioni di carattere generale.

Il libro è attuale perché ci parla di fiducia in tempi di pandemia, ma anche di guerra; in sostanza, di insicurezza e incertezza. È un contesto in cui i concetti che dominano la nostra riflessione, e la nostra esperienza quotidiana, sono quelli di

⁵ BOBBIO, N., “La Rivoluzione Francese e i Diritti dell’uomo”, in ID., *L’età dei diritti*, cit., pp. 114 e 115.

⁶ V. H. L. A. HART, *The Concept of Law*, second edition, ed. by P. A. Bulloch and J. Raz, Oxford University Press, 1994.

⁷ V. N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico*, Giappichelli, Torino, 1979, pp. 171-264; ID., *Giusnaturalismo e positivismo*, Edizioni di Comunità, Milano, 1984, in particolare, pp. 107-110.

precarietà, vulnerabilità, insicurezza, consapevolezza della non autosufficienza e necessità di collaborazione con gli altri. Se c'è una cosa che i tempi in cui viviamo dimostrano è l'interdipendenza, considerata non come un'opzione, ma come un fatto e una necessità. In breve, un'epoca in cui abbiamo riformulato molte chiavi dell'azione individuale e collettiva. In aggiunta a quanto detto, è interessante affrontare il discorso sulla fiducia in un contesto in cui le posizioni e le interpretazioni rispetto ad alcuni sviluppi e ad alcune dimensioni del progresso scientifico- postumanesimo, transumanesimo, sviluppo delle tecnologie dell'informazione⁸, sono condizionate dalla sfiducia, che in molte occasioni è frutto sia della mancanza di informazioni (il nostro tempo è quello della post-verità e delle fake news), sia dell'ignoranza delle conseguenze di processi già in corso.

D'altra parte, è interessante notare che un libro sulla fiducia, come quello di Tommaso Greco, non includa una definizione o una concettualizzazione della stessa. Questo, che si presenta come una sfida per il lettore, costituisce un'attrattiva della proposta e un invito alla riflessione, dal momento in cui solleva la relazione (e la distinzione) tra la fiducia e altri concetti come la lealtà, la fedeltà, la credibilità, o anche la fraternità⁹ o la solidarietà¹⁰, per fare alcuni esempi.

Inoltre, la fiducia può essere rappresentata come una caratteristica (l'esperienza dimostra che non è necessaria) delle relazioni umane, ma anche come un sentimento, un'emozione. Infatti, la fiducia genera emozioni e, allo stesso tempo, è il risultato di emozioni. Questo aspetto diventa importante in un contesto in cui stiamo assistendo alla *rinascita* di una componente sentimentale nel discorso pubblico; una componente il cui eccesso è alla base, insieme ad altri elementi, dei populismi (di qualsiasi tipo essi siano, o a qualsiasi indirizzo politico appartengano)¹¹. Arias Maldonado ha parlato di "democrazia sentimentale" e Martha Nussbaum, ancora prima, aveva parlato del posto delle emozioni nella politica e nella teoria della giustizia¹².

⁸ V. A. E. PEREZ LUÑO, "El post-humanismo no es un humanismo", *Derechos y Libertades*, n° 44, 2021, pp. 17-40.

⁹ V. F. REY MARTINEZ, "El valor constitucional de la fraternità", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 123, 2021, pp. 43-74.

¹⁰ V. J. DE LUCAS, *El concepto de solidaridad*, Fontamara, México, 1993; G. PECES-BARBA, "Humanitarismo y solidaridad social como valores de una sociedad avanzada" in ID., *Derecho y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 125-167; F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, "Solidaridad, deberes y constitución: algunos apuntes conceptuales", *Diritto Costituzionale*, 2/2019, pp. 11-35.

¹¹ Si veda, tra la ingente bibliografia, J. L. VILLACAÑAS, *Populismo*, La Huerta Grande, Madrid, 2015.

¹² V. M. ARIAS MALDONADO, *La democracia sentimental. Política y emociones en el siglo XXI*, Página Indómita, Barcelona, 2016; M. NUSSBAUM, *Political emotions: why love matters for justice*, Harvard University Press, Massachusetts, 2013; ancora, V. CAMPS, *El gobierno de las emociones*, Herder, Barcelona, 2011.

In ogni caso, ciò che sottolinea Tommaso Greco è la rilevanza della fiducia in quella che potremmo considerare la “organizzazione politica (e giuridica) ottimale”. Questo permette di stabilire un collegamento diretto con la questione della legittimità e della sua capacità di generare fiducia nelle istituzioni: la legittimità implica la fiducia e, allo stesso tempo, la genera. In questo senso, la fiducia di cui si parla nel libro non solo è interpersonale, cioè quella presente nelle relazioni orizzontali, ma è anche istituzionale, cioè quella che fa riferimento alle istituzioni. Tale fiducia è condizionata sia dall’origine delle istituzioni che dal modo in cui esse esercitano le loro funzioni (ci troviamo di fronte alla classica distinzione tra legittimità del fondamento e legittimità dell’esercizio). Bisogna, però, aggiungere che esiste un’altra dimensione della fiducia nel quadro istituzionale, che è quella che esiste (o dovrebbe esistere) tra le istituzioni e che ci permette di parlare di “lealtà istituzionale”; fiducia che, se non esiste, genera sentimenti di rifiuto e di estraneità dalla politica da parte dei cittadini, dal momento in cui le istituzioni rinunciano alla responsabilità pedagogica che spetta loro, almeno in democrazia.

In relazione a quest’ultimo aspetto, e prima di continuare, vorrei sottolineare che sono particolarmente d’accordo con tutta la spiegazione che fa riferimento alla necessaria chiarezza del linguaggio del diritto (che giustificherebbe lo sviluppo di una teoria della legislazione) e al corretto funzionamento delle istituzioni, in quanto elementi che generano fiducia. E, altresì d’accordo, sul fatto che la certezza e la fiducia richiedono un’interpretazione intelligente delle norme, altrimenti ci troviamo di fronte al problema della rigidità, che può essere fonte di ingiustizia. Questo dimostra che, in realtà, il rapporto tra diritto e fiducia non deve essere inteso solo come un rapporto intrinseco o concettuale, ma che l’intensità dello stesso dipende anche dalla configurazione del Diritto e dalle sue modalità di funzionamento. Ciò sottolinea la rilevanza dell’atteggiamento degli operatori giuridici non solo nel generare fiducia, ma anche nell’essere espressione di una certa concezione e giustificazione della fiducia.

3. TRA DESCRIZIONE E PRESCRIZIONE

Tommaso Greco, in uno stile molto bobbiano, ipotizza il costante confronto tra modelli. Così, da un lato, i modelli antropologici: l’uomo malvagio e diffidente contro l’uomo buono e fiducioso. Dall’altro lato, modelli di diritto o, meglio, di concezioni del diritto: quelli che identificano il diritto con la forza e la sanzione, contrapposti a quelli che lo identificano con la fiducia. Insomma, modelli di relazioni sociali e giuridiche: un modello relazionale legato all’orizzontalità e un modello sanzionatorio legato alla verticalità. Ebbene, può essere interessante rivedere la proposta di Tommaso Greco su questo punto, dal momento che i modelli potrebbero

non presentare profili così diversi come sostenuto nel libro (almeno secondo una possibile interpretazione che se ne può dare).

Le teorie politiche, che si riferiscono alla migliore organizzazione della cosa pubblica, sono direttamente o indirettamente legate a una certa concezione dell'essere umano. Pensiamo al confronto che propone Bobbio tra il modello aristotelico e quello hobbesiano¹³. Allo stesso modo, Tommaso Greco presenta una modernità caratterizzata dal machiavellismo politico e giuridico (una tradizione che include Hobbes). E, in contrasto con questo modello, presenta quella che potremmo considerare l'"alternativa della fiducia". La prima questione che si pone a questo proposito riguarda la chiarezza della caratterizzazione machiavelliana dell'essere umano. Lo stesso Tommaso Greco riconosce che dal punto di vista descrittivo Machiavelli non è molto attento. E il fatto è che — utilizzando anche la strategia machiavelliana del "vedere le cose come sono" — non sembra così spiacevole constatare che, sebbene noi esseri umani non ci comportiamo sempre come angeli, non ci comportiamo nemmeno sempre come demoni. Tra il bianco angelico e il nero satanico, generalmente operiamo di più nelle zone grigie.

Ma c'è un'altra questione, forse più interessante della precedente. La proposta di Tommaso Greco consiste nell'identificare il discorso della modernità giuridica e politica attraverso il protagonismo della sfiducia, compresa, se vogliamo, l'inclinazione malvagia dell'umanità. Ma non bisogna dimenticare che il discorso della modernità è anche quello dell'idea del progresso morale dell'umanità e, soprattutto, quello dei diritti (intesi originariamente come diritti naturali e poi come diritti umani o fondamentali). Bobbio, così come Peces-Barba, hanno sottolineato il rilievo dei diritti nel discorso della modernità¹⁴. Non sembra discutibile che parlare di diritti, come si fa in quella modernità che Tommaso Greco assume come riferimento, implichi una certa concezione del soggetto, inteso come meritevole di essere tutelato attraverso i diritti e capace di individuare (attraverso la ragione, ma non solo) un'idea di morale i cui contenuti sono suscettibili (almeno così vengono presentati) di essere condivisi in termini universali. Ebbene, quanto detto è più facilmente identificabile con una visione positiva del soggetto, in termini antropologici, che non con una visione negativa generalizzata come quella che sembra essere presentata ad un certo punto del libro, se non altro come oggetto di critiche. In conclusione, la visione di Machiavelli sull'essere umano è parziale. E in questo senso il realismo politico, che si presenta come scientifico e descrittivo, in realtà non lo è poi così tanto; e propone una concezione parziale dell'essere umano, che lo presenta solo come conflittuale, dimenticando la sua dimensione pacifica, solidale e cooperativa.

¹³ V. N. BOBBIO e M. BOVERO, *Società e Stato nella filosofia politica moderna*, Il Saggiatore, Milano, 1979, pp. 42-58.

¹⁴ V. G. PECES-BARBA, "Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales", VVAA. *Historia de los derechos fundamentales I* (G. Peces-Barba, E. Fernández, dirs.), Dykinson, Madrid, 1998.

La proposta di Tommaso Greco si basa, in effetti, su una proposta antropologica specifica. La fiducia e la solidarietà sono intese come elementi fondamentali delle relazioni umane e dei modelli di organizzazione sociale, di cui il diritto è una componente importante. Da qui, possiamo ritenere di trovarci di fronte a un modo molto attraente di fare filosofia del diritto, legato a un certo discorso sull'essere umano e sulle sue caratteristiche costitutive, sulla dimensione politica, e che si presenta come un'alternativa a un modello incentrato sull'analisi rigorosa del discorso normativo. In questo senso, credo che Tommaso Greco abbia ben presente, pur senza citarlo, ciò che si intende per una filosofia del Diritto che non perda di vista quella che Pérez Luño, sulla falsariga di Fassò, ha considerato l'"esperienza giuridica"¹⁵. Mi sembra che questo aspetto meriti di essere sottolineato, poiché si potrebbe avere l'impressione che, a volte, il discorso filosofico non abbia tratto tutte le conseguenze del legame tra *ius* e *societas*, avendo considerato secondaria la componente sociale, e quindi umana, del diritto.

Per quanto riguarda il legame tra diritto e fiducia, possono essere sollevate almeno due questioni: la prima si riferisce al tipo di rapporto di cui stiamo parlando: si tratta di un rapporto che va inteso nell'ambito di un discorso descrittivo o, al contrario, prescrittivo?; la seconda, legata alla precedente, ha a che fare con il tipo di diritto a cui si fa riferimento, giacché eventualmente, a seconda che il diritto sia democratico o meno, che contenga o meno determinati contenuti, il legame con la fiducia si articolerà in modo diverso.

In effetti, vale la pena domandarsi se il legame tra diritto e fiducia sia considerato nell'ambito di un discorso descrittivo o prescrittivo. Per dirla in maniera più esplicita: il Diritto di cui parla Tommaso Greco è il diritto così com'è o quello che vorrebbe che fosse? Pare evidente che le implicazioni che derivano dall'uno o dall'altro approccio riguardano questioni fondamentali e classiche della filosofia del diritto, che hanno a che fare, tra l'altro, con un discorso sui doveri e sulle responsabilità della scienza giuridica e sullo spazio della neutralità nello svolgimento del suo ruolo¹⁶. Ebbene, la verità è che se siamo di fronte a un discorso descrittivo, se Tommaso Greco ci sta mostrando cos'è il diritto, è altrettanto vero che in questa descrizione manca un'allusione alla rilevanza del conflitto (non necessariamente legato alla violenza, ma alla non coincidenza di interessi e pretese, o al fatto della scarsità, per esempio). Non sembra discutibile il fatto che l'esistenza del conflitto, che può essere considerato un aspetto della socialità umana, rivesta un ruolo importante nella giustificazione della necessità del diritto. Pertanto, ritengo ci siano

¹⁵ V. A. E. PEREZ LUÑO, *Teoría del Derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Tecnos, Madrid, 1997, in special modo, cap. I: "Presupuestos de la experiencia jurídica", pp. 19-26.

¹⁶ Questo è il tema a cui ha fatto riferimento, tra gli altri, Uberto ScarPELLI in U. SCARPELLI, *Cos'è il positivismo giuridico*, Milano: Edizioni di Comunità, 1965; e che si riscontra nel dibattito tra Nicola Matteucci e Norberto Bobbio, recentemente ritrovato: *Positivismo giuridico e costituzionalismo*, introd. di T. Greco, Morcelliana, Brescia, 2021.

buoni argomenti per dimostrare che il diritto coesiste con la fiducia. Lo sviluppo di una visione del diritto, come quella sostenuta da Tommaso Greco, non dovrebbe essere incompatibile con il riconoscimento del conflitto come un fatto che accompagna le relazioni umane nel contesto sociale. Non credo che mettere in luce la rilevanza del conflitto ci ponga direttamente nel contesto del machiavellismo giuridico, che è proprio la posizione che viene presentata in tutto il libro come ostacolo al riconoscimento del ruolo della fiducia nel Diritto.

In ogni caso, ciò che è certo è che il legame tra diritto e fiducia può essere analizzato da diversi punti di vista. Infatti, la fiducia può essere considerata un elemento strutturale, costitutivo e concettuale del diritto. In questo senso, la mancanza di fiducia può essere intesa come una delle ragioni d'essere del diritto. Ma allo stesso tempo, il diritto può presentarsi come un elemento che genera fiducia. È proprio qui che troviamo sicurezza e certezza e che individuiamo il potenziale civilizzatore del diritto, espressione della preferenza per i modelli di comportamento attraverso le regole rispetto alla forza bruta o al capriccio (in breve, all'arbitrio) quando si tratta di organizzare la convivenza all'interno e tra i gruppi umani. Ebbene, qui sorge la possibilità di formulare la seguente domanda: si tratta della stessa fiducia di cui parla Tommaso Greco nel suo libro, e che individua come elemento strutturale delle relazioni umane e del diritto? Va tenuto presente che la fiducia generata dal diritto è una fiducia che potremmo considerare "istituzionalizzata", una caratteristica che non sembra necessariamente essere presupposta da quel tipo di fiducia che viene identificata come elemento delle relazioni umane.

4. FIDUCIA E MODELLI DI DIRITTO

Oltre a questo, però — e qui veniamo alla seconda questione sopra citata —, Tommaso Greco concentra la sua critica, esplicitamente, su un determinato modello di diritto, quello che considera il "modello della sfiducia" e che identifica con il machiavellismo giuridico, con Hobbes, e con quelle teorie che enfatizzano il ruolo della sanzione non solo come elemento concettuale del diritto, ma anche come motivo di obbedienza alle norme giuridiche. Questo è quello che viene presentato come il modello tipico della modernità.

Senza voler ignorare la rilevanza di questo modello nella modernità giuridica, e persino il suo carattere per lungo tempo predominante (forse non tanto per le caratteristiche della realtà giuridica quanto per il tenore delle teorie costruite intorno ad essa), ciò che è certo è che non è l'unico possibile. Norberto Bobbio — al quale abbiamo già accennato — ha parlato della funzione promozionale del diritto e della possibilità di gestire un concetto ampio di sanzione che, insieme alle sanzioni negative, permetta di parlare di sanzioni positive. Se si prendono in considerazione proposte come quella di Bobbio, e di altri, sembra che la tensione tra la dimensione sanzionatoria (intesa come negazione della fiducia) e la fiducia tenda a confondersi

e a perdere parte del suo carattere essenziale. Questo ci permetterebbe di sostenere che il modello che Tommaso Greco ha come riferimento quando parla di modello della sfiducia non è un modello qualsiasi, o il diritto astrattamente considerato, quanto piuttosto un modello ben individuato e sostenuto da determinate proposte teoriche.

E il fatto è che, forse, il diritto dello Stato sociale, così come il diritto del costituzionalismo, presenta una maggiore capacità di articolare i legami – teorici e pratici – con la fiducia. Per essere più specifici, non solo il diritto dello Stato sociale, ma in particolare questo modello di diritto. Sappiamo che tale modello si assume la responsabilità di garantire la certezza di fronte alla disgrazia, di fronte alla vulnerabilità. Tutto questo, in una concezione della certezza del diritto che va oltre la certezza liberale derivante dalla conoscenza della lettera della norma e della prevedibilità della sua interpretazione¹⁷. Il concetto di fiducia non si applica solo alle relazioni intersoggettive. Si applica anche a quella situazione in cui il soggetto sa che non si sentirà impotente di fronte alle contingenze della vita, presenti e future. Questa è la certezza fornita dalle strutture assistenziali dello Stato sociale. Allo stesso modo, però, possiamo pensare anche alla fiducia generata dal diritto dello Stato costituzionale. In questo caso, pensiamo a una fiducia consistente nel non superamento di certi limiti caratterizzati da determinati contenuti morali: quelli dei diritti e dei valori e i principi che li ispirano.

D'altra parte, in tutto il libro sembrano essere identificate due coppie di concetti: orizzontale/relazionale e verticale/sanzionatorio. Non so se queste identificazioni escludano altre possibilità. In ogni caso, anche non fosse così, porrebbero comunque qualche problema. Il legame tra verticale e sanzionario sembra basarsi su un diritto e uno Stato come quello liberale, che enfatizza la dimensione sanzionatoria del diritto e la funzione repressiva. Ma questo modello è stato superato dallo Stato sociale, laddove la funzione promozionale del diritto sta diventando sempre più rilevante e laddove è proprio nell'ambito della verticalità tra Stato e cittadino che si generano spazi di fiducia attraverso l'attuazione di politiche volte a garantire diritti, soddisfare bisogni, generare, in definitiva, fiducia e certezza.

Questa considerazione, a sua volta, ci permette di ricollegarci a una domanda più generale: il rapporto tra diritto e fiducia deve essere inteso in termini di complementarità o, al contrario, di alternativa? Questo rapporto, di qualunque tipo sia, si stabilisce nello stesso modo rispetto a qualunque tipo di diritto? Qui subentra la necessità di capire in quale ambito si colloca Tommaso Greco. Si tratta di capire se il suo oggetto di riflessione è quello del concetto di diritto, collocandosi così nel contesto generico della filosofia del diritto, o più specificatamente quello della teoria del diritto, o se, al contrario, fa riferimento ad un modello particolare di diritto. In

¹⁷ V. G. PECES-BARBA, *La seguridad jurídica desde la Filosofía del Derecho*, ID., *Derecho y derechos fundamentales*, cit., pp. 261-280.

realtà, ci troviamo di fronte ad una tensione tipica della filosofia del diritto quando si cimenta nel compito di concettualizzare il diritto: quella tra l'astratto e il concreto¹⁸.

In ogni caso, e al di là della tensione a cui ho appena fatto riferimento, quando si tratta di individuare modelli di diritto, Tommaso Greco prende come riferimento la distinzione tra il modello delle regole e quello dei principi, inserendosi a pieno titolo nella discussione giusfilosofica contemporanea e, più specificamente, in quella che si svolge all'interno del costituzionalismo.

Nel libro è possibile riscontrare, infatti, un'interessante riflessione sulla distinzione tra regole e principi e sul loro rapporto con la fiducia. Se ho capito bene la proposta, la tesi sostenuta è che la regolamentazione attraverso le regole è espressione di sfiducia nei confronti del cittadino. La limitazione delle possibilità applicative che implica il carattere disgiuntivo delle norme deve essere intesa come un segno di sfiducia nei confronti del soggetto la cui condotta deve essere regolata dagli enunciati normativi. Su questo punto, la tesi di difesa è che, in realtà, optare per un modello o per l'altro è espressione di un diverso grado di fiducia nel cittadino e nell'operatore giuridico. Le regole escludono le motivazioni che vanno oltre la lettera della norma. Sono espressione di una mancanza di fiducia nel soggetto e, quindi, limitano la sua "sfera di discrezionalità". Pertanto, un diritto attraverso i principi è espressione di una maggiore fiducia nella razionalità del soggetto.

Da questa posizione generale, può essere necessario introdurre alcune sfumature. In primo luogo, il riferimento al soggetto passivo della fiducia (o della sfiducia), poiché non dobbiamo pensare solo ai cittadini. La distinzione tra modelli di regole e modelli di principi comporta delle conseguenze anche per gli operatori giuridici. Pensiamo al giudice. L'attuazione necessaria all'interno del quadro delle norme impone al giudice un ambito ristretto dal quale non deve allontanarsi per quanto atiene alle possibilità applicative e interpretative. Il giudice *bocca della legge* del formalismo è un giudice del quale si diffida (non solo da un punto di vista teorico, ma anche nell'ambito di un contesto politico come quello liberal rivoluzionario della fine del XVIII secolo).

Il libro si schiera a favore di un diritto basato sui principi, poiché più regole ci sono, meno fiducia sussiste all'interno del — e si esprime attraverso il — sistema giuridico. Ma qui vorrei prendere in considerazione il punto di vista dei cittadini destinatari delle norme, in questo caso dei principi, e chiedermi se un diritto popolato da principi generi necessariamente più fiducia e certezza per loro stessi. Non dimentichiamo che proprio il diritto dei principi obbliga a uno sforzo giustificativo e argomentativo che non si avverte così necessario nel caso delle regole. In presenza dell'ampiezza delle possibilità interpretative, del più ampio ventaglio di possibilità

¹⁸ Faccio riferimento alla questione in F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, "Filosofía del Derecho, pluralismo y conflictos prácticos", *Ética&Política*, vol. XX, n° 3, 2018, pp. 355-381.

applicative, del necessario ricorso alla ponderazione... possiamo davvero affermare in modo categorico che la presenza di principi nel diritto è, da un lato, espressione di fiducia negli operatori giudici e, dall'altro, determina una maggiore fiducia dei cittadini nel sistema giuridico? Questa presenza è una delle caratteristiche del diritto del nostro tempo (per lo meno, nell'ambito del costituzionalismo democratico) e quindi, a mio avviso, questo possibile deficit di certezza e di fiducia in relazione alla prevedibilità della decisione del giudice, in questo caso, è compensato dalla sottomissione di quest'ultimo alle esigenze argomentative. L'esercizio imperativo della razionalità da parte del giudice, e quindi la conseguente riduzione del ventaglio di possibilità interpretative e applicative, tende a generare una certezza e una fiducia nel non andare incontro a sorprese che, altrimenti, sarebbero molto minori. La necessità di argomentare e giustificare la decisione è più urgente nel diritto dei principi che in quello delle regole. È in quest'ambito che la certezza della decisione non può dipendere dalla correttezza logica dello sviluppo di un sillogismo, e quindi, l'operatore giuridico è sottoposto ad una maggiore esigenza argomentativa. È qui che scopriamo che la necessità di argomentare è, in realtà, un requisito della fiducia (e anche della legittimità), in questo caso dell'esercizio del potere. Sembra difendibile affermare che la maggior ampiezza delle possibilità interpretative e applicative in un diritto articolato per principi non generi la stessa fiducia in termini di prevedibilità rispetto al contenuto e al significato della decisione.

5. RAGIONI E AMBITI DELLA NORMATIVITA'

L'ultima questione che vorrei affrontare riguarda la natura della normatività o, se si preferisce, le ragioni della normatività. In sostanza, mi riferisco al luogo della fiducia nella sfera della normatività. Ma anche, alla questione relativa al perché ci conformiamo alle norme, essenziale nella filosofia del diritto e nella filosofia morale.

Tommaso Greco assume, su questo punto, la nota distinzione ferrajoliana tra garanzie primarie e garanzie secondarie. In breve, le prime sono efficaci quando l'obbligo intersoggettivo verso l'altro è soddisfatto, mentre le seconde prevedono l'intervento del giudice, una volta che l'obbligo precedente non è stato adempiuto. Nella distinzione tra garanzie primarie e secondarie, il luogo della fiducia sarebbe quello delle prime. Secondo Tommaso Greco, esse costituiscono la via di accesso, l'espressione della fiducia nel diritto. Ma la domanda che sorge spontanea è se sia possibile immaginare una convivenza senza garanzie secondarie, ovvero se le garanzie primarie possano essere considerate sufficienti. E, soprattutto, se siano sufficienti all'interno di società complesse e conflittuali. L'unico modo per sopravvivere in un sistema privo di garanzie secondarie sarebbe quello di non contemplare la possibilità di violare le norme e, quindi, la necessità di reagire di fronte a tale violazione. Per dirla in altro modo: ogniqualvolta si impone una sanzione, si sta

“avvelenando” (Luhmann) il rapporto giuridico? La tesi di Tommaso Greco sembra invitarci a pensare che le garanzie primarie siano sufficienti e che in questo caso sarebbe possibile pensare a un “diritto senza giudici” ...

È qui che compare uno dei grandi temi di riflessione nel campo della filosofia del diritto: perché agiamo secondo la Legge? Le possibilità possono essere molteplici: paura della sanzione, accettazione, convinzione, consenso. A questo punto, è interessante chiedersi se sia possibile una risposta generale, se si possa rispondere alla domanda in modo astratto: la minaccia della sanzione è un argomento onnipresente, sufficiente e definitivo? Pare che la risposta debba essere negativa. E anche qui è utile distinguere- a fini esplicativi- tra il Diritto democratico e il diritto non democratico. Nel primo caso, esiste un accordo morale in relazione al diritto. Questo accordo si determina in quegli ambiti in cui c'è una confluenza tra diritto e morale.

Pertanto, sarebbe opportuno evitare la tentazione (presente nel libro?) di assumere la concezione (a mio avviso errata) secondo cui la distinzione tra diritto e morale debba essere analizzata in termini di “contraddizione”. Al contrario, non sembra possibile negare la confluenza di contenuti tra diritto e morale. E se è così (se ciò che è giuridicamente vincolante, a volte, lo è anche moralmente), allora la minaccia della sanzione perde il suo valore con riferimento al perché rispettiamo le norme. Questo mi sembra evidente in relazione ai modelli democratici, dove la distinzione kantiana tra l'autonomia della morale e l'eteronomia del diritto si attenua, e dove nel rapporto inversamente proporzionale tra forza e consenso, il consenso ha più rilevanza nel giustificare e spiegare i nostri comportamenti in relazione al diritto. Si capisce che non sto pensando a quelle situazioni, a cui fa riferimento Tommaso Greco, regolate da “sistemi normativi autonomi che non necessitano l'*enforcement* statale” (pp. 30-31), ma a quelle situazioni in cui diritto e morale coincidono nella situazione regolata e nel senso della norma.

Cercando di riassumere, la questione di fondo è quella dello spazio normativo della fiducia. Tommaso Greco rivendica, in questo senso, uno spazio intermedio tra diritto e morale, tra la coercizione (del diritto) e la moralità. Anche se, in questo caso, va ricordato che anche la morale sociale ha una dimensione coercitiva, sebbene non istituzionalizzata, a differenza del diritto. In ogni caso, mi sembra che lo spazio della fiducia, in realtà, sia — originariamente — più morale che giuridico.

Nello stabilire le distinzioni tra diritto e morale, possiamo utilizzare almeno due criteri: quelli che fanno riferimento all'ambito di ciò che viene regolato e quelli che fanno riferimento alla modalità di regolazione. Ebbene, è qui che è possibile notare che non c'è molta differenza tra la morale e tale ambito intermedio. Per esempio, consideriamo la relazione tra il medico e il paziente di cui si parla nel libro. Si tratta di un rapporto che è, ovviamente, regolato da norme giuridiche, ma che è fondamentalmente e originariamente morale, in cui la fiducia è legata all'adempimento dell'etica professionale, che sostiene diritti e doveri che possono essere

successivamente regolati dal diritto. Il valore e il peso normativo di questi diritti e doveri non dipendono dalla loro regolazione normativa. È l'esempio del giuramento di Ippocrate che i futuri medici si impegnano a rispettare al termine degli studi e della laurea. In questo senso, è importante riflettere- anche se non possiamo farlo in questa sede- sulla precedenza delle norme morali rispetto a quelle giuridiche o viceversa, in quest'ambito. Gli esempi che Tommaso Greco offre alla fine del libro sono molto esplicitivi. È chiaro che nella pratica secondo cui, quando prendiamo da bere durante delle passeggiate in campagna per rinfrescarci e lasciamo il denaro senza che nessuno controlli, stiamo agendo nel campo di un rapporto di fiducia. È questa fiducia che permette alla pratica sociale di essere proprio questo: una pratica sociale che si prolunga e si mantiene nel tempo (a meno che non si tratti di un comportamento del produttore di bevande basato esclusivamente sulla sua generosità o, se si preferisce, sulla sua misericordia). Ma mi sembra che ciò che è importante sia capire cosa spinge gli escursionisti. Pensiamo davvero che la legalità prevalga sulla moralità? Credo non sia necessario pensare ad una comunità di esseri angelici e benefici per ammettere che gli escursionisti assumono l'imperativo morale di lasciare le monete nella cassetta situata nella baracca. È questo che li muove e che garantisce, come abbiamo sottolineato, il mantenimento di questa tradizione. E dimostra, altresì, che la reazione alla minaccia della sanzione, alla quale si è talvolta pensato di attribuire una potenziale giustificazione per le condotte legali, forse non è così onnipresente.

Ebbene, se l'ambito della fiducia è prevalentemente l'ambito morale (e non uno spazio intermedio tra diritto e morale, come sottolinea il libro); e se la fiducia è un valore costitutivo del diritto ("Senza fiducia non c'è diritto, afferma Tommaso Greco a p.160), la questione che si pone è comprendere fino a che punto ci troviamo di fronte ad una conclusione che fa riferimento ad un legame necessario tra diritto e morale. Siamo, in questo senso, in presenza di un nuovo tipo di giusnaturalismo, in cui il rapporto necessario non si stabilisce tra diritto e morale – intesi in termini generali – ma tra diritto e fiducia – intesa come una dimensione specifica della morale?

Va inteso che le considerazioni (critiche, se si vuole) sopra esposte non implicano la negazione del nesso tra la legge e la fiducia, che, come abbiamo visto, può essere articolato in vari modi. Tommaso Greco rivendica il posto della fiducia nel diritto, tale che senza fiducia non sembra possibile parlare di diritto; ma, allo stesso modo, è possibile concepire il rapporto nel senso che il diritto è uno strumento che genera fiducia. Una volta stabilito questo, si potrebbe aggiungere, inoltre, che in realtà la fiducia non è esclusiva del diritto; anzi, sembra che la sua presenza, almeno in piccole dosi, sia necessaria in qualsiasi modalità di gestione delle relazioni intersoggettive che voglia essere operativa ed efficace. Ciò sarebbe dovuto al fatto che esiste una relazione tra fiducia e certezza. La fiducia, legata all'idea di prevedibilità, alla disponibilità di informazioni, è qualcosa che costituisce un elemento minimo

delle relazioni umane. In questo senso, la fiducia non compare con il diritto. È vero che il diritto, come abbiamo visto, può implicare la fiducia, ma poiché tutte le relazioni intersoggettive sono oggetto di regolamentazione giuridica, ci sono ambiti dell'attività umana che sono inconcepibili senza la presenza della fiducia, prima che il diritto arrivi con il suo carico normativo. Pensiamo all'esempio dell'amicizia, o alla relazione tra una coppia di fidanzati. Si tratta di ambiti fondamentali della vita umana nei quali il diritto non interviene e che sussistono grazie alla fiducia condivisa dai soggetti che fanno parte della relazione. La fiducia, quindi, è forse qualcosa di più quotidiano — e anche di più necessario — di quanto si possa sospettare. Quando ci relazioniamo con gli altri, il primo pensiero che ci viene in mente non sarà quello che ci suggerisce che abbiamo a che fare con un truffatore con il quale avremo un problema che ci porterà direttamente davanti ad un giudice.

Avere una visione esclusivamente coercitiva della legge (di fronte alla quale è perfettamente legittimo reagire in termini teorici) porta forse ad avere un'idea della stessa, e soprattutto delle reazioni dei soggetti in relazione a questa, un po' distorta. È vero che un modello democratico di diritto non può escludere, in ultima analisi, il ricorso alla coercizione. Ma l'operatività della coercizione (o della minaccia della sanzione) non è la stessa in un modello democratico di diritto e in un modello non democratico. Un modello democratico di diritto è caratterizzato tanto dalla sua origine che dai suoi contenuti. L'origine è determinata dalla partecipazione — diretta o indiretta, attraverso meccanismi di rappresentanza — all'elaborazione delle norme. I contenuti, infine, si riferiscono a determinati valori e principi; ai diritti, insomma. Sulla base di questo, possiamo intuire che il tasso di accettazione delle norme da parte dei destinatari sia diverso in un caso e nell'altro. Pertanto, sembra ragionevole presumere che la minaccia della sanzione non avrà lo stesso peso nella considerazione che il soggetto compie quando decide (coscientemente o inconscientemente) di agire secondo le regole. È in questo contesto che possiamo constatare che spesso ci asteniamo dall'agire in un certo modo non perché la Legge lo vieti, ma perché mossi dalla morale. Qui la morale, nella quale la fiducia occupa un posto importante, si presenta come il motivo dell'azione, a cui ci atteniamo prima di prendere in considerazione il significato dell'imperativo giuridico.

(Traduzione di Mariapia Romeo)