

# LA LEGGE DELLA FIDUCIA E LA FIDUCIA NELLE LEGGI CONSIDERAZIONI A MARGINE DEL VOLUME DI TOMMASO GRECO

**GIORGIO RESTA**

*Dipartimento di Giurisprudenza*

*Università Roma Tre*

giorgio.resta@uniroma3.it

## **ABSTRACT**

This paper reflects upon the book “La legge della fiducia” by pointing out three main issues: a) the urgency of bringing back to the fore the ‘horizontal’ dimension of the law, looking at it as a precious form of social engineering; b) the need to overcome the unrealistic model of human personality embedded in the idealtypic of homo oeconomicus; c) the usefulness of legal education reforms aimed at emphasizing the interdisciplinary dimension and the cooperative attitude of the law.

## **KEYWORDS**

Homo juridicus; rationality; cooperative attitudes; social engineering; legal theory.

1. Il libro di Tommaso Greco non è soltanto uno studio sulla fiducia e sulle relazioni fiduciarie dal punto di vista del diritto. Esso può essere certamente accostato a una letteratura ormai corposa che tratta dei doveri fiduciarî in tutte le articolazioni dell’ordinamento interno ed internazionale (e ciò soprattutto in ambiente angloamericano, dove gli studi sul tema continuano a proliferare: l’ultimo, pregevole, titolo è il volume “*The law of loyalty*”, scritto da uno dei massimi specialisti di questi argomenti, il giurista canadese Lionel Smith)<sup>1</sup>, ma la trascende per spingersi oltre. Come indica il sottotitolo, si tratta di una riflessione che guarda “alle radici del diritto”. Esso non va quindi annoverato tra i contributi specialistici che illuminano un singolo settore dell’ordinamento, bensì tra le opere che meditano sui fondamenti stessi del sapere giuridico, e lo fanno con acutezza e spirito critico.

Ci sono momenti nei quali le scienze si fermano ad interrogarsi con maggiore assiduità sui loro presupposti fondanti, al fine di valutarne la perdurante aderenza

<sup>1</sup> L. Smith, *The Law of Loyalty*, Oxford, 2023.

al tipo di problemi che esse sono chiamate a risolvere. Ciò è fisiologico, poiché come avvertiva Karl Polanyi in un antico saggio sul metodo delle scienze sociali, “l’interesse scientifico e l’argomento scientifico costituiscono i risultati di un processo di adattamento reciproco selettivo tra i fattori inclusi nell’interesse naturale e gli elementi costitutivi della matrice. Alla fine, si sviluppa un metodo, tramite il quale taluni elementi della matrice vengono ordinati in un modo tale da soddisfare alcuni fattori dell’interesse naturale, o attraverso un’appropriata classificazione, o una diretta previsione. Nel corso di questo processo di adattamento, le scienze tendono a divenire progressivamente più «selettive», o, con un termine più comune, astratte, restringendo il loro angolo visuale ai soli elementi adatti ai rispettivi metodi”<sup>2</sup>. Il processo di sviluppo non è mai lineare, ma circolare, perché il metodo impone una crescente selettività nei rapporti con la matrice naturale, ma al contempo l’evoluzione della realtà spinge a una rivisitazione del metodo. Le scienze più floride sono proprio quelle che accettano come costitutiva tale dimensione di transitorietà e sono pronte a mettere costantemente in questione i propri presupposti per valutarne la perdurante attendibilità. Per rimanere al campo delle scienze sociali, la linguistica e l’economia offrono due esempi rilevanti.

Ma anche in relazione al diritto – ammesso che se ne possa predicare la scientificità, il che è variamente contestato da tradizioni giuridiche diverse da quella europea<sup>3</sup> – si registra un fenomeno simile. Da più parti si invita a riflettere criticamente su compiti e metodi della ‘scienza’ giuridica, al cospetto di un profondo mutamento dell’ambiente con il quale il diritto si trova a interagire. Lo sfaldamento del modello degli stati nazionali e la sempre più chiara definizione di strutture reticolari che ingabbiano sull’asse orizzontale e su quello verticale l’esercizio della sovranità minano profondamente l’idea della territorialità del diritto e i suoi molteplici corollari concettuali<sup>4</sup>. Il mutamento capillare del sistema di produzione delle regole, anche all’interno del singolo ordinamento, incrina l’idea tipicamente ottocentesca che la norma sia l’artefatto dello stato-nazione<sup>5</sup> e la sua fondamentale conseguenza che i soggetti siano meri destinatari di disposizioni piuttosto che compartecipi del processo di creazione del diritto<sup>6</sup>. La crisi del positivismo scientifico induce a guardare con

<sup>2</sup> K. Polanyi, *Come fare uso delle scienze sociali*, in Id., *Per un nuovo Occidente. Scritti 1919-1958*, a cura di G. Resta e M. Catanzariti, Milano, 2013, 147 ss., alla p. 148.

<sup>3</sup> Su tale questione v. H. Dedek, *Recht an der Universität: ‘Wissenschaftlichkeit’ der Juristenausbildung in Nordamerika*, *Juristenzeitung*, 2009, 540.

<sup>4</sup> Tra i molti v. le acute considerazioni proposte da M. Bussani, *How to do Comparative Law: Some Lessons to Be Learned*, in *A Cosmopolitan Jurisprudence. Essays in Memory of H. Patrick Glenn*, edited by H. Dedek, Cambridge, 2022, 29 ss.

<sup>5</sup> In prospettiva critica da ultimo S. Grundmann – H. Micklitz – M. Renner, *New Private Law Theory. A Pluralist Approach*, Cambridge, 2021.

<sup>6</sup> In generale M.-M. Kleinhaus – R. A. Macdonald, *What is Critical Legal Pluralism?*, 12 *Can. J. L. & Soc’y* 25, 30 (1997)

sospetto la logica “univocale”<sup>7</sup> che è alla base del principio di non contraddizione che regge l’intero impianto teorico del positivismo giuridico, a cui si collegano modelli binari oggi in via di superamento, come l’alternativa tra pubblico e privato (minata anche da una diversa geografia del potere)<sup>8</sup>. Questi ed altri fattori di mutamento hanno dato vita negli ultimi anni a un coro di riflessioni che hanno coinvolto giuristi di diversa estrazione e provenienti da differenti tradizioni giuridiche.

2. Il saggio di Tommaso Greco, *La legge della fiducia*, aggiunge un tassello importante a questo dibattito<sup>9</sup>. Per quanto si tratti di un libro dalla tessitura complessa e suscettibile di molteplici livelli di lettura, è possibile isolare come snodi fondamentali del suo discorso da un lato la critica alla concezione imperativistica – o più precisamente, secondo il lessico usato dall’A. “coattivistica” del diritto –, che ravvisa nel comando munito di sanzione il suo principale perno concettuale; dall’altro la presa di distanza dal modello antropologico, che l’A. qualifica come ‘machiavellismo giuridico’<sup>10</sup>, e che si definisce per l’adozione di un’immagine dell’uomo come essere opportunisto e primariamente votato al perseguimento del proprio interesse egoistico. Questo modello rappresenterebbe insieme il presupposto e il complemento del paradigma coercitivo, dando vita a un’ontologica incompatibilità tra diritto e fiducia: proprio poiché non ci si può fidare degli altri consociati, è indispensabile sottomettersi a un apparato coercitivo eteronomo, che si sostanzia in un insieme di comandi muniti di sanzione per la loro inottemperanza<sup>11</sup>.

Le critiche che l’A. avanza nei confronti di un siffatto paradigma “sfiduciario”<sup>12</sup> si snodano principalmente sul piano descrittivo. L’idea di fondo è che tale modello non è effettivamente in grado di fedelmente rappresentare né le caratteristiche intrinseche – strutturali e funzionali – dell’ordinamento giuridico né il comportamento quotidiano dei destinatari delle norme. Il discorso non si limita però unicamente al profilo della ricognizione, pur avendo questo un rilievo primario all’interno di un ragionamento che trae le mosse e si sviluppa essenzialmente in una cornice di teoria del diritto<sup>13</sup>. Dalle posizioni assunte dall’A. in ordine al ruolo da

<sup>7</sup> Riporto letteralmente l’espressione prescelta da H. P. Glenn, Glenn, ‘Quel droit comparé ?’, 43 *Rev. Dr. Un. Sherbrooke* 23 (2013), alla p. 25, 28.

<sup>8</sup> M.R. Ferrarese, *Poteri nuovi. Privati, penetranti, opachi*, Roma-Bari, 2022.

<sup>9</sup> T. Greco, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Roma-Bari, 2021.

<sup>10</sup> Con questa espressione l’autore intende la “concezione in base alla quale, data la presunta tendenza naturale ed irrefrenabile di ogni soggetto ad agire mettendo in campo ‘la malignità dell’animo’ suo, non abbiamo a disposizione altro rimedio che quello di costringerlo e punirlo: unico principio d’ordine venendo ad essere quello che, dall’alto, minacciosamente si abbatte sull’uomo e sulla società in cui esso vive e si muove” (T. Greco, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, cit., XI, e *amplius* 20 ss.).

<sup>11</sup> T. Greco, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, cit., 16-24, 28.

<sup>12</sup> T. Greco, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, cit., 14.

<sup>13</sup> T. Greco, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, cit., 143.

riconoscere alla dimensione relazionale e cooperativa all'interno del giuridico, discendono specifiche opzioni alternative sia in punto di tecnica legislativa sia di politica del diritto in senso ampio (dalla valorizzazione della legislazione per principi, all'ampliamento degli spazi di discrezionalità dell'interprete, alla ristrutturazione del sistema di formazione del giurista).

Di queste pagine, si diceva, possono proporsi diverse linee di lettura, in primo luogo perché è un libro che parla al giurista *tout court* e non al cultore di una specifica disciplina, sicché ciascuno, muovendo dal suo particolare angolo visuale, potrà trovarvi specifici aspetti di interesse. Chi si accosti ad esse nella prospettiva della comparazione giuridica ne trarrà un effetto ringenerante, come quando, all'esito di una lunga salita, si depona lo zaino carico di materiali pur indispensabili al cammino per osservare il panorama che si gode dall'alto e di cui si aveva, in principio, una parziale e ingannevole percezione. Il saggio di Tommaso Greco ci invita a dismettere per un momento gli arnesi che compongono il *kit* concettuale indispensabile per un giurista che si sia formato sui banchi di una università dell'Europa continentale, per provare a guardare oltre e impadronirsi di un apparato analitico diverso e forse più appropriato ai problemi del presente. Un "oltre", si noti, non già geografico o ordinamentale, perché questo è un libro che parla pressoché esclusivamente ai giuristi della tradizione di *civil law* e più in particolare ai giuristi contemporanei, che si formano in un *humus* culturale ancora profondamente intriso di positivismo giuridico. Esso non sarebbe per contro agevolmente comprensibile – per lo meno nella sua *pars destruens* – in tutte quelle tradizioni che ignorano la centralità dello Stato nel processo di produzione delle regole, o che accettano come costitutiva la discrezionalità di chi sia chiamato a interpretare o ad applicare il diritto, o ancora che rigettano per stratificate opzioni culturali l'idea che i consociati possano essere governati attraverso il timore della sanzione, o ancor più che non ravvisino nel diritto il principale strumento di composizione dei conflitti e conseguimento dell'armonia sociale<sup>14</sup>. L'"oltre" al quale si faceva cenno è essenzialmente un oltre di tipo culturale, composto da un *Menschenbild* diverso da quello assiomaticamente presupposto dalle teorie che si rifanno al c.d. machiavellismo giuridico e a un'immagine del diritto che non ruota più sul perno del comando munito di sanzione e che mette al contrario in prima linea la dimensione persuasiva e relazionale. Quelle appena ricordate non sono certo le prime e uniche obiezioni messe in campo contro la concezione coattivistica come sin qui sinteticamente descritta. Tuttavia, l'itinerario argomentativo proposto si connota, oltre che per la lucidità dell'analisi e la vastità del respiro, per l'originalità di alcuni passaggi, che aprono ulteriori spazi di riflessione in continuità con la prospettiva dell'A.

<sup>14</sup> Per un panorama alternativo v. H.P. Glenn, *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law*, 5<sup>th</sup> ed., Oxford, 2014; W.F. Menski, *Comparative Law in a Global Context. The Legal Systems of Asia and Africa*, 2nd ed., Cambridge, 2006.

Vorrei segnalarne almeno tre: *a)* l'importanza attribuita al problema del modello antropologico di riferimento; *b)* il legame tra tale modello e il tipo di strategia istituzionale da perseguire attraverso il sistema giuridico; *c)* i riflessi sul profilo della formazione del giurista.

3. Il primo aspetto è l'attenzione dedicata al comportamento dei destinatari delle norme come fattore rilevante nella riflessione sulla tecnica e la teoria del diritto. Nel discorso di Tommaso Greco, è cruciale il nesso intercorrente tra il paradigma coercitivo e il modello di attore razionale ad esso soggiacente. L'A. ci fa intendere in vari passaggi che la centralità ascritta al momento della sanzione, come costitutivo del discrimine tra norma giuridica e norma etica (in senso lato), è strettamente correlato a un'immagine dell'uomo connotata da tratti negativi e da attitudini "dissociative"<sup>15</sup>. Un'immagine che l'A. riconduce in primo luogo alla riflessione di Machiavelli e poi di Hobbes, per citare soltanto due dei più grandi scienziati della politica che hanno dato corpo a una raffigurazione dell'attore sociale come soggetto che, per proprie inclinazioni naturali, non è in grado di usare la propria libertà se non indulgendo al sopruso e alla sopraffazione. Di qui l'assunto – che già Lon Fuller etichettava come "dangerous view"<sup>16</sup> – in ragione del quale per governarne il comportamento, è indispensabile brandire l'arma della sanzione come unico efficace deterrente rispetto al rischio di inottemperanza del comando<sup>17</sup>.

Lasciamo per un momento da parte il problema della attendibilità di una siffatta prospettazione e del valore delle critiche mosse contro di essa. Prima ancora di discutere questo punto, credo che meriti di essere sottolineata l'importanza dell'aver integrato all'interno della riflessione sulla fisionomia della norma giuridica il profilo del comportamento dei consociati. Rievocando il titolo di un celebre libro di Alain Supiot, quali sono i tratti caratterizzanti dell'*homo juridicus*?

Che si tratti di una questione non banale o irrilevante deriva a mio avviso da una considerazione formulata in maniera molto pungente, qualche anno fa, da Geoffrey Samuel. Nell'ambito di un discorso sul rapporto tra diritto e scienze sociali, Samuel paventava il rischio che il diritto, per come è teorizzato-insegnato-applicato nei contesti maggiormente informati al positivismo giuridico si riduca a una disciplina "narcisistica", votata a riflettere soltanto su stessa<sup>18</sup>. Se la teoria del diritto si contenta di proporre soltanto una disamina delle norme, delle loro caratteristiche e delle relazioni reciproche, o anche (cosa che accade meno frequentemente) di istituzioni e procedure, senza interessarsi dei comportamenti reali degli operatori del diritto e

<sup>15</sup> T. Greco, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, cit., 20 ss., 29.

<sup>16</sup> L.L. Fuller – K.I. Winston, *The Forms and Limits of Adjudication*, 92 *Harvard L. Rev.* 353 (1978), alla p. 361.

<sup>17</sup> T. Greco, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, cit., 25.

<sup>18</sup> G. Samuel, *Is Law Really a Social Science? A View From Comparative Law*, in 67 *Cambridge L.J.* 288 (2008), alla p. 295.

dei destinatari finali delle norme, allora essa difficilmente potrà sottrarsi a un destino di irrilevanza o al massimo a una posizione periferica all'interno del quadro delle scienze sociali. Così si spiega la frequente assenza di contributi giuridici all'interno di collezioni dedicate alle scienze sociali e la difficoltà che i cultori di altre discipline avvertono nel dialogo con i giuristi<sup>19</sup>. In fondo, chiunque abbia esperienza di insegnamento in altri contesti giuridici e di ricerca interdisciplinare dovrà con rammarico ammettere la perdurante validità dell'impetoso giudizio espresso molti anni orsono da Uberto Scarpelli, il quale notava che "i non-giuristi considerano spesso gli studi giuridici un ramo della cultura in via di seccare, o per lo meno un lago tranquillo, un po' paludoso, a margine del gran fiume rapido e tumultuoso della cultura contemporanea"<sup>20</sup>. Né una ventata di realismo giuridico d'importazione sembra poter alterare tale quadro, poiché come limpidamente osservato da Sabino Cassese nell'intervista raccolta da Luisa Torchia sulle metamorfosi del diritto amministrativo, questa si è tradotta al più in una presa d'interesse – peraltro soltanto parziale – per gli orientamenti della giurisprudenza, ma non ha portato i giuristi a indagare con sistematicità le *prassi* e i modelli organizzativi della pubblica amministrazione, anche in relazione ai comportamenti dei destinatari ultimi delle norme<sup>21</sup>. Non tutti i settori dell'ordinamento restituiscono ovviamente la stessa immagine – si pensi ad esempio al tradizionale 'realismo' del diritto commerciale – e tuttavia ciò che al fondo è comune è l'idea che la funzione primaria del giurista sia quella di studiare le norme e impadronirsi delle principali tecniche di analisi e interpretazione di esse, disinteressandosi (o interessandosi soltanto di riflesso) dell'ambiente circostante, tema lasciato ad altri campi del sapere<sup>22</sup>. È un buon segno, da questo punto di vista, che il libro di Tommaso Greco rovesci l'angolo di osservazione. Non viene proposta una riflessione sulla struttura delle norme, dando poi per acquisita l'automatica ricaduta sulle azioni dei consociati. Si muove invece 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.

Siamo quindi in presenza di uno scarto significativo nel modo di ragionare sul diritto, che pone le premesse per un approccio *bottom up* e apre spazi importanti per un dialogo interdisciplinare, a partire proprio dalla questione fondamentale di quale sia il modello di attore sociale più attendibile per la progettazione di qualsivoglia strategia istituzionale.

Qui si innesta un altro profilo di interesse nell'argomentazione dell'A. Esso consiste nel parallelo che viene instaurato tra il c.d. machiavellismo giuridico e il

<sup>19</sup> V. ancora G. Samuel, *Is Law Really a Social Science?*, cit.

<sup>20</sup> U. Scarpelli, *L'educazione del giurista*, in *Riv. Dir. Proc.* 1968, 1, 16.

<sup>21</sup> S. Cassese – L. Torchia, *Diritto amministrativo. Una conversazione*, Bologna, 2014, 15-18.

<sup>22</sup> M.A. Livingston – P.G. Monateri – F. Parisi, *The Italian Legal System. An Introduction*, 2nd ed., Stanford, 2015, 150.

modello di attore razionale posto a fondamento della microeconomia a partire dalla fine dell'Ottocento<sup>23</sup>. Indubbiamente vi sono rapporti oggettivi ed evidenti, i quali peraltro si spiegano con il fatto che la scienza giuridica ottocentesca ha lavorato sull'edificio del diritto borghese, costruito in piena aderenza agli ideali del liberalismo economico. Il codice civile, come si è scritto, poggiava sul presupposto inespresso del mercato concorrenziale<sup>24</sup>, e questo a sua volta trasse la sua legittimazione ideologica da quella profonda opera di ripensamento dell'immagine dell'attore razionale iniziata con Adam Smith e perfezionata in epoca vittoriana<sup>25</sup>.

Si tratta di vicende ben note. Ma quel che è più rilevante è che mentre la scienza economica ha preso a confrontarsi apertamente negli ultimi decenni con il problema del soggetto, mettendo in discussione l'effettiva tenuta del paradigma di razionalità posto a fondamento delle proprie categorie, la scienza giuridica si è sostanzialmente disinteressata di questo profilo, limitandosi a lavorare sulla struttura delle regole. Il paradigma del machiavellismo giuridico, ben descritto da Tommaso Greco, ha dunque continuato ad operare nell'ombra, venendo spesso di fatto contraddetto dall'architettura delle norme, ma raramente revocato in dubbio in maniera aperta e frontale. Anzi, nel periodo in cui le idee propugnate da una parte dell'analisi economica del diritto nordamericana hanno iniziato a circolare nella cultura europea, quel modello si è saldato con gli assunti della razionalità utilitaristica, finendo per essere riproposto - invero con scarsi risultati - persino nei settori della famiglia e del diritto penale.

Appare dunque particolarmente opportuna l'operazione intellettuale compiuta dall'A., che ci invita a squarciare il velo del paradigma 'sfiduciario' e a prestare maggiore attenzione ai dati che evidenziano quanta parte delle relazioni sociali si fondino su valori e aspettative di comportamento antitetici rispetto alla logica egoistica e informati ai valori di fiducia, riconoscenza, cooperazione, solidarietà<sup>26</sup>. Un'implicazione interessante di questa argomentazione è che essa porta necessariamente ad aprire la riflessione del giurista a tutte quelle altre discipline, come ad es. la psicologia comportamentale e la neuroeconomia, che su questi aspetti stanno facendo luce da decenni, evidenziando risultati sperimentali di primissimo rilievo<sup>27</sup>. Ne è emersa innanzitutto la conferma dell'idea della razionalità limitata come delineata da Herbert Simon e poi ulteriormente rifinita dai lavori di Kahneman e Tversky<sup>28</sup>. Qui

<sup>23</sup> T. Greco, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, cit., 33.

<sup>24</sup> A. Zoppini, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020, 181.

<sup>25</sup> K. Polanyi, *Our Obsolete Market Mentality. Civilization Must Find a New Thought Pattern*, in 3 *Commentary* 109 (1947); Id., *La grande trasformazione. Le origini economiche e politiche della nostra epoca*, trad. it., Torino, 1974, 173 ss.

<sup>26</sup> T. Greco, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, cit., 39-87.

<sup>27</sup> V. in proposito R. Caterina, a cura di, *I fondamenti cognitivi del diritto. Percezioni, rappresentazioni, comportamenti*, Milano, 2008.

<sup>28</sup> H.A. Simon, *La ragione nelle vicende umane*, trad. it., Bologna, 1984; D. Kahneman - A. Tversky, *Choices, Values and Frames*, Cambridge, 2000. In tema v. A. Sen, *Sciocchi razionali: una*

hanno acquisito una posizione di primo piano soprattutto le deviazioni dal paradigma di razionalità imputabili alle variabili cognitive. L'intero settore del diritto privato regolatorio ne ha fatto tesoro, costruendo un quadro di disciplina preordinato a supplire alle asimmetrie informative e alle distorsioni sistematiche dei processi valutativi e decisionali degli agenti<sup>29</sup>. Ma un secondo filone di ricerca si è spinto a considerare anche il profilo delle motivazioni, indagando non solo 'come si decide', ma anche 'perché si assumono determinate decisioni'. Ne è derivata una messa in discussione dell'assioma di fondo della teoria della scelta razionale, definito da Edgeworth "principio primo" della scienza economica, quello per cui "ciascun agente è guidato soltanto dal proprio interesse"<sup>30</sup>. Esperimenti di laboratorio e ricerche sul campo hanno dimostrato come in una pluralità di contesti gli esseri umani sono tutt'altro che freddi calcolatori utilitaristi. Essi antepongono spesso i valori di altruismo e umana solidarietà al loro tornaconto economico, e tali deviazioni non sono occasionali ma ricorrenti e dunque prevedibili<sup>31</sup>. Questi dati non possono essere ignorati dalla scienza giuridica, anche perché il modello antropologico che si legge in filigrana a molte norme codicistiche risulta più vicino a quello dell'*homo donator* che non a quello dell'*homo oeconomicus*<sup>32</sup>.

4. La maggiore conoscenza che stiamo acquisendo circa l'entità delle deviazioni dal paradigma della razionalità utilitaristica – e vengo qui al secondo punto di interesse nel ragionamento dell'A. – induce ad indagare il ruolo che l'assetto istituzionale può avere in ordine alla costruzione del *set* di incentivi sottesi all'azione individuale.

Le scienze cognitive attestano la fragilità delle correlazioni che istintivamente vengono date per acquisite, e che giustamente Tommaso Greco sottopone a critica, tra timore della sanzione e aderenza al contenuto delle norme, o tra incentivi (o disincentivi) monetari e azioni cooperative. Diverse evidenze empiriche suggeriscono che, per reagire a ciò che socialmente è percepito come ingiusto, o per mera empatia verso chi è svantaggiato, gli individui sono pronti a sacrificare una parte del benessere materiale atteso e persino ad incorrere in sanzioni<sup>33</sup>. Non solo, la monetizzazione dei comportamenti, lungi dall'agevolare le soluzioni cooperative, porta

*critica dei fondamenti comportamentistici della teoria economica*, in Id., *Scelta, benessere, equità*, trad. it., Bologna, 2006, 147.

<sup>29</sup> Si veda in merito il volume curato da G. Rojas Elgueta – N. Vardi, *Oltre il soggetto razionale. Fallimenti cognitivi e razionalità limitata nel diritto privato*, Roma, 2014.

<sup>30</sup> F.Y. Edgeworth, *Mathematical Psychics: An Essay on the Application of Mathematics to the Moral Sciences*, London, 1881, 16.

<sup>31</sup> Sia consentito in proposito rinviare, per ulteriori riferimenti, al mio *Gratuità e solidarietà: fondamenti emotivi e irrazionali*, in *Riv. Crit. dir. priv.*, 2014, 1 ss.

<sup>32</sup> S. Rodotà, *Il dono*, in *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 1998, 124 ss.

<sup>33</sup> J. Elster, *Le désintéressement. Traité critique de l'homme économique*, I, Paris, 2009 ; J. Elster, *Fehr on Altruism, Emotion and Norms*, in *Analyse & Kritik*, 2005, 197 ss.



spesso all'esito opposto, neutralizzando le norme sociali che avrebbero altrimenti scoraggiato i comportamenti opportunistici<sup>34</sup>. Non è detto, quindi, che i tratti comportamentali siano indifferenti all'assetto istituzionale di riferimento, poiché questo contribuisce a preformare il set delle preferenze individuali, anche attraverso un processo di comunicazione simbolica. Quando l'ambiente strategico è costruito in maniera tale da premiare i comportamenti cooperativi e sanzionare le azioni opportunistiche, le persone smettono di applicare ciò che Mauss definiva il "glaciale calcolo utilitaristico"<sup>35</sup>. Quando invece l'ambiente strategico esalta la logica competitiva, i comportamenti altruistici tendono ad essere marginalizzati<sup>36</sup>. Entro certi limiti è possibile affermare che in un contesto informato ad una logica eminentemente concorrenziale, il paradigma dell'*homo oeconomicus* diviene una profezia che si autoavvera. Esso, quindi, non sta *prima* ma *dopo* le norme che presiedono all'interazione individuale. Ciò era stato lucidamente intuito e persuasivamente argomentato da Karl Polanyi, il quale aveva dimostrato con tutta la sua opera che la razionalità massimizzante è il precipitato storico di un determinato modello organizzativo e in particolare coerente con le istituzioni fondamentali di una società imperniata sul sistema di mercato capitalistico, ma non è affatto iscritta nella natura umana<sup>37</sup>.

Questo assunto riporta al centro della scena il problema del contenuto e della forma delle norme, posto il diritto è una delle componenti fondamentali dell'assetto istituzionale che governa quotidianamente le azioni individuali. A questo riguardo Tommaso Greco formula due considerazioni molto importanti, attinenti l'una al piano descrittivo e l'altra al piano normativo.

Da un lato egli insiste sulla necessità di disvelare quanto di relazionale è cooperativo v'è nel diritto, la sua "dimensione orizzontale" fondata sul riconoscimento dell'altro. Questa, egli osserva, è "l'unica via per includere in esso le dimensioni della relazionalità, della solidarietà e della fraternità, che una teoria del diritto esclusivamente coattivistica sarà costretta sempre a rincorrere ma non riuscirà mai a catturare"<sup>38</sup>. Ciò significa, nel quadro del discorso che qui si conduce, sostenere che l'adesione alle norme di comportamento non è sempre dettata dal timore della sanzione e delle conseguenze anche monetarie della propria azione, bensì dalla spontanea adesione all'ordine sociale, all'innata tendenza degli uomini a rispettare la

<sup>34</sup> D. Ariely, *Predictably Irrational. The Hidden Forces That Shape Our Decisions*, New York, 2010, 75, 85.

<sup>35</sup> M. Mauss, *Essai sur le don. Forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques* (1925), Paris, 2009, 238.

<sup>36</sup> E. Fehr - K. M. Schmidt, *The Economics of Fairness, Reciprocity and Altruism—Experimental Evidence and New Theories*, in S. -C. Kolm - J. M. Ythier, eds., *Handbook of the Economics of Giving, Altruism and Reciprocity*, vol. I, 2006, 615, 617; A. Falk - N. Szech, *Morals and Markets*, 340 *Science*. 707 (2013).

<sup>37</sup> K. Polanyi, *Our Obsolete Market Mentality. Civilization Must Find a New Thought Pattern*, cit.

<sup>38</sup> T. Greco, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, cit., 153.

parola data, in ultimo al non ledere l'affidamento altrui, che sono tutti elementi che compongono l'universo della razionalità al pari delle pur innegabili attitudini 'dis-sociative' ed utilitaristiche. Il diritto si innesta su e valorizza tale dimensione, consolidando le aspettative di comportamento che in un certo senso precedono la stessa cristallizzazione della norma<sup>39</sup>. Come ben si è scritto, "il senso delle norme è in prima istanza *cognitivo* e *orientativo*, mai repressivo: le norme sono fatte per indirizzare le azioni, non per costringerle, anche se, per consuetudine, vengono associate alla sanzione. Certo, senza la sanzione non esiste legge, ma il fine della legge non è affatto la sanzione e i sistemi normativi altro non sono che *dispositivi di relazione* predisposti per evitare fraintendimenti e rendere congruenti le reciproche aspettative senza che nessuno ci perda e tutti ci guadagnino"<sup>40</sup>. Dall'altro lato, ne consegue uno specifico onere gravante sul sistema giuridico di definire un'architettura normativa che tanto sul piano formale quanto su quello contenutistico crei un ambiente 'abilitante', capace di promuovere i valori della cooperazione e della fiducia. Sul piano formale ciò significa essenzialmente chiarezza e intelleggibilità della legge<sup>41</sup>; sul piano contenutistico, ragionevolezza e aderenza alle istanze sociali<sup>42</sup>.

5. Insistere sulla dimensione orizzontale del diritto è importante anche da un ulteriore punto di vista, che costituisce il terzo profilo di interesse del lavoro di Tommaso Greco. Mi riferisco al problema della formazione del giurista, che opportunamente viene richiamato nelle pagine conclusive del libro<sup>43</sup>. A questo riguardo si può osservare che, per il modo in cui è organizzato l'insegnamento del diritto nelle nostre università, il profilo della cooperazione insito nelle strutture giuridiche tenda ad essere lasciato nell'ombra rispetto a quello conflittuale.

L'attuazione del diritto attraverso il processo, con il relativo gioco tra norme primarie e norme secondarie, costituisce il perno concettuale attorno a cui è organizzato il ragionamento giuridico<sup>44</sup>. Nella grande scena del *legal process*, i personaggi principali sono indubbiamente il giudice e l'avvocato. Tutti gli altri attori che concorrono quotidianamente all'attuazione del diritto rimangono nell'ombra o svolgono, al più, ruoli secondari. Ciò è coerente con l'idea che la norma prenda effettivamente corpo nella sua inattuazione, la quale determina l'attivazione dei rimedi e delle procedure previste dall'ordinamento per ricostituire l'equilibrio originario

<sup>39</sup> T. Greco, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, cit., 99.

<sup>40</sup> S. Natoli, *Il rischio di fidarsi*, Bologna, 2016, 107, come citato da T. Greco, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, cit., 89.

<sup>41</sup> T. Greco, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, cit., 82.

<sup>42</sup> T. Greco, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, cit., 83 ss.

<sup>43</sup> T. Greco, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, cit., 144.

<sup>44</sup> Peraltro, sempre in un'ottica orientata alla teoria, essendo assente dalle finalità istituzionali dei corsi continentali un'introduzione alle strategie di *litigation*, come osservato da A. Dondi, *Qualche considerazione comparata in tema di educazione giuridica istituzionale*, in *Pol. dir.*, 2013, 105, 121 ss.

alterato dalla violazione. Dunque, nella patologia. Ciò che rimane al margine, nell'immaginario giuridico più comune, è lo straordinario ruolo giocato dal diritto nel dar vita a strutture sociali di cooperazione, che si traducono in attività produttive, sistemi organizzativi complessi, meccanismi di ripartizione dei rischi e delle responsabilità, relazioni negoziali di lungo termine, trasferimenti intergenerazionali della ricchezza, godimenti turnari dei beni, etc.

Un esasperato normativismo non riesce a cogliere quanto importante sia la funzione di *social engineering* svolta dal giurista anche in un contesto diverso da quello di *common law* (dove la formula è stata originariamente coniata)<sup>45</sup>. Come l'ingegnere costruisce strutture materiali perché durino e conseguano i loro scopi, così anche il giurista costruisce strutture sociali che agevolino l'agire cooperativo e permettano ai consociati di soddisfare i propri interessi<sup>46</sup>. Come il primo abbisogna per la propria opera del supporto di discipline terze, come la fisica e la scienza dei materiali, così pure il giurista, per compiere bene il proprio ruolo, necessita l'ausilio delle scienze che studiano i comportamenti umani, come l'antropologia, l'economia e la psicologia. Tutti questi campi del sapere dovrebbero rappresentare i pilastri su cui innalzare l'edificio costruito secondo i canoni della propria disciplina. Non si può infatti dimenticare che un palazzo può crollare sia perché costruito con materiale scadente sia perché edificato su un suolo inidoneo. Analogamente, un dispositivo giuridico come un contratto o un accordo consensuale di separazione può fallire nei propri scopi sia per i suoi difetti intrinseci (previsione di una clausola che è motivo di nullità, o per vizi di forma) sia per scarsa conoscenza dei comportamenti umani<sup>47</sup>. Qualsiasi sistema di formazione del giurista – come avevano lucidamente avvertito Lon Fuller e gli altri protagonisti della corrente del *legal process* di Harvard<sup>48</sup> – non può ignorare tali esigenze. Ciò implica, sul piano metodologico, che un certo grado di interdisciplinarietà debba essere ritenuto indispensabile rispetto ai compiti gravanti sul sistema giuridico, con tutto ciò che ne consegue non soltanto in termini di programmi di insegnamento, ma anche di procedure di selezione del personale docente<sup>49</sup>. Allo stesso modo, sul piano contenutistico, si dovrebbe

<sup>45</sup> R. Pound, *The Lawyer as a Social Engineer*, 3 *J. Pub. L.* 292 (1954); e poi soprattutto L. Fuller, *The Lawyer as Architect of Social Structures*, in K.I. Winston, a cura di, *The Principles of Social Order: Selected Essays of Lon L. Fuller*, Oxford - Portland, 2001, 285.

<sup>46</sup> D. Howarth, *Is Law a Humanity? (Or is it more like Engineering?)*, 3 *Arts & Humanities in Higher Education* 9 (2004).

<sup>47</sup> D. Howarth, *Is Law a Humanity? (Or is it more like Engineering?)*, cit., 16.

<sup>48</sup> Su questo punto, per tutti i necessari approfondimenti, rinvio al bel saggio di D. Sandomierski, *Catalytic Agents? Lon Fuller, James Milner, and the Lawyer as Social Architect, 1950-1969*, in S. Bartie - D. Sandomierski, a cura di, *American Legal Education Abroad. Critical Histories*, New York, 2021, 288 ss.

<sup>49</sup> M. Vogliotti, *Pour une formation juridique interdisciplinaire*, in J.J. Sueur - S. Farhi, a cura di, *Pratique(s) et enseignement du droit. L'épreuve du réel*, Paris, 2016, 277 ss.; J.M. Smits, *Law and*

riservare maggior spazio, oltre ai processi regolatori extra-statali<sup>50</sup>, a tutti quei fenomeni giuridici che precedono (e spesso prevengono) il momento della lite e che non vedono ancora all'opera i protagonisti del contenzioso. È un dato di fatto che ormai nei grandi studi legali meno del 20% degli avvocati sono impegnati nelle attività di *litigation*, mentre la stragrande maggioranza di loro si dedica normalmente ad attività consultive, di *drafting* e negoziazione. Così pure, il ricorso crescente alle tecniche deflative e agli strumenti di risoluzione delle controversie alternativi al processo, rende ancor più centrale la dimensione cooperativa ed orizzontale del diritto, che merita di ricevere maggior attenzione di quanto tuttora non avvenga nell'ambito dei corsi di studio in giurisprudenza, non senza mirare ad una maggiore conoscenza sul campo assicurata da cliniche legali, pratiche di mediazione, tecniche di *drafting* negoziale o legislativo<sup>51</sup>. Anche per questa ragione, il saggio di Tommaso Greco rappresenta un contributo importante, che richiede di essere attentamente meditato e condiviso nelle sue linee ispiratrici da una cultura giuridica che aspiri ad essere “responsabile”.

*Interdisciplinarity: On the Inevitable Normativity of Legal Studies*, 1 *Critical Analysis of Law* 75 (2014).

<sup>50</sup> Questa istanza è avanzata pressoché ovunque : v. S. Atienza - S. Arias, *A Blueprint on Global Legal Education: The European Perspective*, in C.R. Kumar - S.G. Sreejith, eds., *Legal Education and Legal Profession During and After Covid-19*, Singapore, 2022, 259 ss.

<sup>51</sup> M. Katz - K. Margolis, *A Balanced Curriculum*, e K. Tokarz, *A Three-Year Curriculum that Engages Law Students and Prepare Them for Practice*, entrambi in D. Maranville - L. Radtke Bliss *et al.*, *Building on Best Practices: Transforming Legal Education in a Changing World*, New Providence, 2015, 45 ss., 59 ss.; v. anche D. Sandomierski, *Catalytic Agents? Lon Fuller, James Milner, and the Lawyer as Social Architect, 1950-1969*, cit., 291 ss.