

DIRITTO E FIDUCIA DISCUTENDO LA PROPOSTA DI TOMMASO GRECO

CORRADO DEL BÒ

Dipartimento di Giurisprudenza

Università di Bergamo

corrado.delbo@unibg.it

ABSTRACT

The article reconstructs and discusses Tommaso Greco's thesis according to which the legal system as a whole functions on foundations that do not depend solely on the threat of the sanction, and raises the question of whether trust is a necessary or, rather, purely ancillary condition of normativity.

KEYWORDS

Trust, normativity, legal system, Hobbes.

1. INTRODUZIONE

Per comprendere il punto cruciale sollevato dal recente libro di Tommaso Greco, professore di Filosofia del diritto all'Università di Pisa, *La legge della fiducia*¹, credo sia utile partire dal sottotitolo. "Alle radici del diritto" esprime infatti il senso complessivo dell'operazione condotta da Greco, quello di andare a fondo del fenomeno della giuridicità a partire da una nozione, questa invece direttamente richiamata nel titolo, la fiducia, a suo dire tradizionalmente negletta nei tentativi di spiegare che cosa sia e come funzioni il diritto.

La "sfiducia nella fiducia" dipende, secondo Greco, da una prospettiva antropologica di fondo, che spesso innerva, non necessariamente esplicitandosi, la riflessione teorica sul diritto: un'antropologia negativa che, in estrema sintesi, conduce a ritenere che il diritto sia la forza alla quale è necessario ricorrere per far fare alle persone ciò che spontaneamente eviterebbero accuratamente di fare. In al-

¹ T. Greco, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2021.

tre parole, siccome le persone sono egoiste e disposte a utilizzare ogni mezzo possibile per raggiungere i propri fini, se qualcuno o qualcosa non le contenesse, occorre che la forza fisica divenga monopolio degli ordinamenti giuridici e sia quindi impiegata per disciplinare gli individui: insomma, gli esseri umani sono per natura cattivi, dunque bisogna costringerli per evitare che agiscano in maniera malvagia, dunque il diritto è la forza che serve a contrastare la cattiveria.

Il libro è a un primo livello di lettura un (relativamente) breve percorso che punta a smontare questo modello sin dalla sua premessa, l'antropologia negativa appunto, unendo il rigore dello studioso alla passione dell'intellettuale; a un secondo livello finisce però anche per diventare quell'interrogarsi su alcune questioni teoriche fondamentali per comprendere la giuridicità che giustifica il già menzionato sottotitolo della ricerca delle radici del diritto.

2. L'ANTROPOLOGIA NEGATIVA

Credo di poter affermare che Greco non ha bisogno di spingersi su un terreno scivoloso come è quello della negazione del nesso tra diritto e forza. Credo anzi che Greco non avrebbe difficoltà a sposare la tesi - di Norberto Bobbio, tra gli altri² - per cui il diritto si distingue dalle altre branche dell'agire sociale per il fatto che in ultima analisi prevede il ricorso alla coercizione, che si materializza nella forma di una sanzione a carattere afflittivo, centralmente organizzata, stabilita da norme e disposta da funzionari previamente individuati da altre norme. Dopotutto, il fatto che il diritto disciplini la forza non implica che la forza sia esterna al giuridico e anzi proprio il fatto che sia disciplinata sembra confermare che la forza nel diritto esiste eccome³. Greco nega però alcuni corollari solitamente associati a questa tesi, i quali però non hanno alcun nesso concettuale con tale tesi; in particolare, l'idea che il diritto si regga sulla, e funzioni grazie alla, paura della sanzione e la già menzionata idea ulteriore, fondamento della precedente, che gli esseri umani siano "cattivi" e il diritto serva a imbrigliare le loro pulsioni peggiori.

Questa antropologia negativa dell'essere umano ha almeno due padri nobili: Niccolò Machiavelli e Thomas Hobbes. Machiavelli è colui che ha introdotto il tema del nesso inestricabile tra malvagità umana e necessità delle leggi. In un passo molto noto, citato dallo stesso Greco, Machiavelli esprime con grande chiarezza il punto: "come dimostrano tutti quelli che ragionano del vivere civile, e come ne è piena di esempi ogni istoria, è necessario a chi dispone una repubblica, ed or-

² Cfr., per esempio, N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Giappichelli, Milano 1993, pp. 128-43.

³ Raz e gli angeli

dina leggi in quella, presupporre tutti gli uomini rei, e che li abbiano sempre a usare la malignità dello animo loro, qualunque volta ne abbiano libera occasione”⁴

È stato tuttavia Hobbes a rendere esplicito questo nesso, inquadrandolo in una cornice teorica non solo più ampia, ma anche più interna a una prospettiva preoccupata di trovare il momento fondativo del diritto; e in questa prospettiva il diritto è individuato con nettezza come l’unico rimedio possibile per la perfidia umana; infatti, lasciati a sé stessi, gli esseri umani non frenerebbero le proprie passioni e non esisterebbe a compiere le peggiori nefandezze pur di garantirsi la massima utilità possibile. L’affresco dello stato di natura hobbesiano descrive un mondo di pura brutalità e violenza, in cui la vita delle persone è “solitaria, povera, sordida, bestiale e corta”⁵; ed è per affrancarsi da questo mondo inospitale, dove l’incolumità fisica è continuamente messa a repentaglio dalla cupidigia altrui, che gli individui rinunciano alla propria libertà naturale in favore di un terzo, così costruendo la società politica e il sovrano⁶.

È interessante notare - ed è un punto di estremo rilievo per il rafforzamento, nella storia del pensiero politico e giuridico, del paradigma che Greco chiama “sfiduciario” - che a dare vita al diritto e allo Stato per Hobbes non è tanto l’accordo tra gli individui sulle regole di astensione dalla violenza reciproca quanto piuttosto la creazione di un potere comune che faccia rispettare queste regole: le parole senza la spada che le garantisca risuonano vuote e inutili, nello schema hobbesiano, a testimonianza del fatto che per il filosofo inglese gli esseri umani rimangono infidi e pericolosi senza un potere che li sappia disciplinare⁷.

Ciò su cui ci spinge a riflettere Greco col suo libro è se possiamo considerare questa descrizione degli esseri umani sufficientemente affidabile da poter costruire su di essa quella visione del diritto che pone la forza al centro non della sua *natura*, dell’elemento quindi distintivo del fenomeno giuridico, ma della *funzione* che svolge nelle nostre società e più in generale del nostro modo di considerare la concreta operatività delle nostre società. La risposta che Greco articola lungo il suo libro è negativa: se adottiamo il “modello sfiduciario”, ci allontaniamo dalla nostra capacità di comprendere il diritto per come lo sperimentiamo nella vita di tutti i giorni. Se prestiamo cioè attenzione al modo col quale ci rapportiamo al diritto nel nostro quotidiano, ci rendiamo presto conto, questo sostiene Greco, che è una diversa antropologia che fonda i sistemi giuridici: la fiducia, anziché la sfiducia, è il presupposto delle relazioni giuridiche.

⁴ N. Machiavelli, Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio, I, 3, in Id., Tutte le opere, a cura di M. Martelli, Sansoni, Firenze, p. 81.

⁵ Th. Hobbes, Leviatano, a cura di T. Magri, Editori Riuniti, Roma 2001, p. 74.

⁶ Hobbes, Leviatano, cit., p. 81.

⁷ Cfr., per esempio, Th. Hobbes, Leviatano, cit., p. 87. “Se non c’è lo Stato, nulla è ingiusto; così che la natura della giustizia consiste nel mantenere i patti validi; ma la validità dei patti inizia solo con la costituzione di un potere civile sufficiente a costringere gli uomini a mantenerli”.

3. IL MODELLO FIDUCIARIO

Greco conduce questa operazione di ribaltamento di prospettiva su tre diversi piani del ragionamento. Il primo riguarda il ruolo e lo spazio di fiducia e sfiducia nella normatività: in che misura modello fiduciario e modello sfiduciario possono contribuire a definire l'area della normatività? Il secondo concerne invece la sfera dell'obbedienza al diritto: tra fiducia e sfiducia che cosa conta di più per motivare le persone a conformarsi a ciò che l'ordinamento prevede? Il terzo coinvolge infine uno dei luoghi più tormentati della teoria del diritto contemporanea, la distinzione tra regole e principi⁸: possiamo sostenere, a grandi linee, che un sistema giuridico è tanto più fiduciario quanto più ampio è lo spazio dei principi, laddove il "modello delle regole" sembra presupporre o descrivere il paradigma sfiduciario?

Quest'ultimo punto tocca l'esigenza di "trovare il giusto equilibrio tra l'esigenza della generalizzazione e l'ineliminabile necessità di assumere decisioni riferite a situazioni particolari che non possono essere tutte previste e regolate in anticipo: tra 'regolarità' e 'discrezionalità'"⁹, ma in un modo più originale, e ovviamente funzionale al progetto complessivo del testo, della semplice contrapposizione tra generalità delle regole e particolarità della decisione concreta; lasciare discrezionalità al decisore, mantenendo quindi non regolati alcuni casi ma semplicemente fissando dei principi di carattere molto generale, implica fiducia nel decisore: nella sua capacità di "mettere a terra" i principi in maniera appropriata e nella sua attenzione a evitare che la discrezionalità si tramuti nel capriccio o nell'arbitrio.

Naturalmente Greco non sta proponendo una legislazione per principi né meno che meno una più o meno ampia *deregulation* fine a sé stessa. Sta semplicemente osservando da un lato che è inevitabile che una "quota" di regolazione in ciascun ordinamento non potrà che essere discrezionale e in verità è bene che sia così; dall'altro, che la misura di questa quota dipenderà anche dal livello di fiducia che in quell'ordinamento decidiamo di assegnare ai funzionari.

Alla fiducia nei funzionari si accompagna, nel ragionamento di Greco, la fiducia nei consociati: la sua risposta al secondo dei tre interrogativi che ho posto sopra è in effetti il tentativo di spiegare perché l'esistenza del momento repressivo, in atto e in potenza per così dire, non è di per sé solo in grado di spiegare perché le persone obbediscono a quanto prevedono le norme. Questo tema, sviluppato pienamente nel capitolo 4, è forse quello che più di tutti contrasta frontalmente l'antropologia negativa e il modello sfiduciario, non contrapponendovi una costruzione ottimistica della natura umana, bensì chiarendo l'esistenza di una maggior sfaccettatura nei moventi dell'agire umano.

⁸ La distinzione tra questi due tipi di norme risale, come noto, a R. Dworkin, *I diritti presi sul serio*, a cura di N. Muffato, il Mulino, Bologna 2010 (1977), pp. 37 ss.

⁹ Greco, *La legge della fiducia*, cit., p. 123.

Ciò avviene, nel lavoro di Greco, attraverso la costruzione di un tessuto argomentativo che tiene assieme tesi e suggestioni provenienti da diversi autori, tra cui due filosofi del diritto, Hart e Fuller, profondamente divisi sul rapporto tra diritto e morale¹⁰, ma uniti dall'idea che il diritto assoggetta sì la condotta umana a norme, ma non nello stesso modo in cui il passante è assoggettato al volere del bandito che lo minaccia con la pistola. Le norme, dopotutto, offrono standard di condotta ai quali gli individui si conformano per molte ragioni; a volte, certo, influirà il timore della sanzione, ma più spesso l'adesione sarà automatica e irriflessa, e pure non possiamo trascurare il fatto che molte volte si obbedisce convintamente¹¹.

Il punto chiave e a ben vedere innovativo del ragionamento di Greco rimane comunque a mio giudizio questo: siamo condannati a non capire perché si obbedisce al diritto sia se adottiamo il modello del bandito e la soggiacente antropologia negativa, sia se facciamo nostra la prospettiva eguale ed opposta in cui la moralità personale e i retti costumi dei consociati assicurano una convivenza sociale pacifica e quasi idilliaca; e, anzi, si potrebbe chiosare ulteriormente, spostare il fuoco della spiegazione dell'obbedienza dalla (paura della) costrizione esterna a una idealizzazione della natura umana finisce per mettere fuori gioco quella normatività che è uno dei tratti caratterizzanti del diritto.

4. FIDUCIA E NORMATIVITÀ

La discussione appena conclusa sul tema del “perché si obbedisce al diritto?” ci porta al cuore del primo punto su cui Greco opera un ribaltamento di prospettiva. A suo giudizio, riprendendo brevemente ciò di cui ho parlato nel precedente paragrafo, occorre attuare uno scarto laterale e riconoscere che il diritto è una sorta di ragione per l'azione, che motiva le persone a obbedirvi senza che sia decisiva la minaccia della sanzione, ma anche senza dover spostare la spiegazione sui “buoni sentimenti”: secondo Greco, cioè, “si tratta di riconoscere che tra queste motivazioni [dell'azione umana] può trovare spazio quella giù propriamente giuridica, basata sulla volontà/capacità di *adempiere responsabilmente ai propri doveri*”¹² (p. 92, corsivo nel testo).

¹⁰ Come è noto, Hart afferma la tesi della separabilità tra diritto e morale, per cui non sussiste alcun rapporto di necessità logica tra i due ambiti, sicché il diritto ingiusto non smette di essere diritto, mentre Fuller sostiene che vi è una serie di requisiti formali, di natura morale, senza i quali non si riesce a individuare qualcosa come diritto. Cfr. H.L.A. Hart, *Il positivismo e la separazione tra diritto e morale*, in A. Schiavello, V. Velluzzi, a cura di, *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Giappichelli, Torino 2005 (1958), pp. 48-79, e L. Fuller, *Il positivismo e la fedeltà al diritto. Una replica a Hart*, in A. Schiavello, V. Velluzzi, a cura di, *Il positivismo giuridico contemporaneo. Una antologia*, Giappichelli, Torino 2005 (1958), pp. 136-70.

¹¹ Greco, *La legge della fiducia*, cit., p. 95.

¹² Greco, *La legge della fiducia*, cit., p. 92 (corsivo nel testo).

A ben vedere, quindi, Greco non contrappone a un'antropologia negativa un'antropologia positiva, bensì, se non suonasse troppo macchinoso o pedante definirla così, un'antropologia *non negativa*. Per come intendo io il suo ragionamento, abbiamo certamente bisogno, per sostituire al modello sfiduciario un modello fiduciario, di gettare alle ortiche l'antropologia negativa così mirabilmente tratteggiata da Machiavelli e Hobbes, ma non abbiamo contestualmente l'esigenza di mettere al suo posto un'antropologia speculare di segno opposto; più semplicemente, occorre offrire una descrizione degli esseri umani nella quale sussista prima di tutto consapevolezza del fatto che il diritto serve per guidare l'azione. Risuonano qui le parole di Hart quando, proprio giudicando inadeguata la tesi per cui il diritto si rivolgerebbe all'uomo cattivo che desidera sapere cosa il diritto può fargli, si chiede "perché il diritto non dovrebbe interessarsi anche all' 'uomo perplesso' o all' 'uomo ignorante' che desidera fare ciò che si richiede, se soltanto gli si dice in che cosa consiste?"¹³.

C'è molto Hart al fondo della proposta di Greco, in effetti: l'obbligo esiste in ragione di una norma che lo pone, non di una sanzione che lo difende¹⁴. In questi termini, Greco spezza il nesso tra forza, cioè sanzione, e normatività, o più correttamente l'idea che la forza sia condizione della normatività, perlomeno quella propria del diritto. Allo stesso tempo, Greco non ha esigenza di essere anti-kelseniano nello stesso senso e nella medesima misura in cui lo è stato Hart, perlomeno ne *Il concetto di diritto*, sia perché - questo a me sembra almeno - per Greco il punto non consiste tanto nello stabilire che cosa sia il diritto, quanto piuttosto nel fissare perché il diritto sia normativo, sia perché l'efficace ricostruzione di Kelsen offerta dall'autore consente di ricordare che la catena di norme che attribuiscono il potere di sanzionare chi non adempie all'obbligo, compreso quello di sanzionare i non adempienti, troverà, pena il regresso all'infinito, un suo limite superiore in un obbligo di sanzionare non sanzionabile.

"In cima alla catena troviamo... un atto di fiducia nel fatto che la sanzione verrà applicata"¹⁵ (p. 46): si tratta di un punto che non può non essere rimarcato, poiché consente di dare il giusto rilievo al fatto che il sistema giuridico nel suo insieme funziona su basi che non dipendono solamente dalla minaccia della sanzione. E tuttavia il ruolo della fiducia va per Greco oltre, sino al punto di "spargersi" per l'intero edificio del diritto: se l'obbligo esiste prima della e indipendentemente dalla sanzione giuridica, e se le aspettative di comportamento esistono prima della e indipendentemente dalla sanzione che in un certo senso le stabilizza, che altro

¹³ H.L.A. Hart, *Il concetto di diritto*, a cura di M. Cattaneo, Einaudi, Torino 2000 (1961), p. 49.

¹⁴ Per evitare fraintendimenti, Greco osserva anche che "è troppo ovvio (...) notare che in mancanza di qualsiasi sanzione istituzionalizzata si rischierebbe che i forti prevalgano sui deboli e ogni possibilità di un ordinamento giuridico sarebbe seriamente compromessa" (*La legge della fiducia*, cit., p. 51).

¹⁵ Greco, *La legge della fiducia*, cit., p. 46.

se non la fiducia, intesa in forma di apertura all'altro, può essere considerata alla base dell'esperienza giuridica? Noi, in sostanza, ci obblighiamo l'un l'altro perché abbiamo fiducia l'uno nell'altro.

L'esito, solo in apparenza paradossale, che senza fiducia non c'è obbligo ci porta a un bivio teorico: possiamo affermare che la fiducia è essa stessa fonte della normatività del diritto o dobbiamo fermarci un passo prima e sostenere che ne costituisce piuttosto una precondizione fattuale? In altre parole, se le cose stanno così come ho provato sommariamente a ricostruire, senza fiducia il diritto semplicemente non può esserci come fenomeno normativo o invece senza fiducia il diritto esiste in teoria ma in pratica non riesce a funzionare? Nel momento in cui Greco riuscisse a spingersi a difendere persuasivamente il primo corno dell'alternativa, il ribaltamento di prospettiva sarebbe completo e potremmo azzardare a concludere di aver realizzato pienamente la legge della fiducia.