

Luigi Lacchè

Avere fiducia nella fiducia: quale visione del penale?

1. *Fiducia e diritto*

Il quinto Quaderno¹ del *Laboratorio di storia del penale e della giustizia*² raccoglie – come ormai consuetudine – le relazioni di apertura³ presentate in occasione del Seminario annuale, questa volta dedicato a “La fiducia” (19-20 maggio 2023), insieme ai contributi che sono stati elaborati da alcuni dei partecipanti⁴ sollecitati dalla ricca discussione seminariale.

¹ Il *Quaderno di storia del penale e della giustizia* è una rivista scientifica a cadenza annuale pubblicata in *open access*. Tutti i numeri sono scaricabili dal sito <<https://rivisteopen.unimc.it/index.php/qspeg>>. I precedenti seminari hanno riguardato: *La paura* (2019); *Il dubbio* (2020); *Il castigo* (2021); *Il tempo* (2022).

Mi piace qui ricordare che il *Quaderno* ha acquisito a fine 2023 il riconoscimento di rivista in classe A per l'Area 12 Scienze giuridiche.

² Il Laboratorio è nato nel 2018 da una pluralità di esperienze di studio e di insegnamento legate alla storia del diritto e della giustizia penale nel solco della riflessione condotta da Mario Sbriccoli (1941-2005), a lungo docente nell'Università di Macerata. È promosso da Luigi Lacchè, Massimo Meccarelli, Paolo Marchetti, Monica Stronati, Ninfa Contigiani, Emilia Musumeci e vuole offrire un nuovo “spazio” di elaborazione, ricerca e discussione a cadenza annuale.

³ Presentate da Giacomo Todeschini (Università di Trieste), Vittorio Pelligra (Università di Cagliari), Tommaso Greco (Università di Pisa), Grazia Mannozi (Università dell'Insubria).

⁴ Al Seminario, oltre agli organizzatori, hanno partecipato in presenza o da remoto Andrea Amato (Università di Macerata), Stefano Anastasia (Università di Perugia), Roberto Bartoli (Università di Firenze), Adelaide Caravaglios (Università del Sannio), Riccardo Cavallo (Università di Catania), Giovanni Cazzetta (Università di Firenze), Floriana Colao (Università di Siena), Giovanni Chiodi (Università di Milano Bicocca), Roberto Cornelli (Università di Milano), Ettore Dezza (Università di Pavia), Chiara Gabrielli (Università di Urbino), Loredana Garlati (Università di Milano Bicocca), Danielle Lovatte (Universidade Federal Fluminense), Aglaia McClintock (Università del Sannio), Giuseppe Mecca (Università di Macerata), Marco Nicola Miletta (Università di Foggia), Emilia Musumeci (Università di Teramo), Giacomo Pace Gravina (Università di Messina), Michele Pifferi (Università di Ferrara), Stefano Pollastrelli (Università di Macerata), Domenico Pulitanò (Università di Milano Bicocca), Enrica Quarchioni (Università di Macerata), Carlo Sotis (Università della Tuscia), Luca Scuccimarra (Sapienza Università di Roma), Claudia Storti (Università di Milano), Ferdinando Treggiari (Università di Perugia), Andrea Tripodi (Università di Macerata), Massimo Vogliotti (Università del Piemonte Orientale).

Prima facie, questo della fiducia sembrerebbe un argomento da situare molto più comodamente e in maniera più ‘classica’ negli ambiti del diritto privato, del diritto costituzionale e della politica, dell’economia, della sociologia, della filosofia. Il *penale* potrebbe apparire come radicalmente “sfiduciario”. Ma, in realtà, il diritto, tutto il diritto, richiede fiducia ma «è proprio questa fiducia *verso* il diritto a mostrare plasticamente l’assenza della fiducia *fuori e dentro* il diritto. In altre parole, proprio perché non è possibile affidarsi a meccanismi di regolazione pre-giuridici, o comunque esterni alla regolazione giuridica, ci si rifugia nel diritto e nella giuridificazione dei rapporti sociali, trasferendo sul diritto – per la sua natura di strumento coattivo – l’investimento fiduciario che non si può realizzare nelle relazioni sociali»⁵.

I concetti di credito e di fiducia sono di fondamentale importanza nelle scienze sociali e hanno plasmato nel corso della storia «i linguaggi del potere» e i meccanismi di inclusione/esclusione dei soggetti che si allontanano dalla figura dell’uomo economico razionale, credibile, “affidabile”, incidendo sui regimi di cittadinanza⁶ e sulla costruzione moderna dei sistemi penali.

2. Passaggi

Giacomo Todeschini, nel suo saggio di apertura sul medioevo urbano e mercantile, ci guida in quello straordinario laboratorio che dalla metà del Duecento alla fine del Quattrocento ha realizzato una “rivoluzione economica” basata sulla crescita sociale, oltre che economica e finanziaria, dei *mercatores*, sul «fenomeno dell’oligarchizzazione dei ceti dirigenti cittadini» e sulla «crescita della produzione di testi che analizzano, valutano e definiscono il sistema dei mercati in trasformazione»⁷.

Chi non possiede un certo grado di «intelligenza economica» – che si esplica in vari modi, non solo professionali – sarà *meno affidabile*, godrà di minore o, nei casi di vera e propria esclusione sociale, di nessuna fiducia. Razionalità economica e socialità fiduciaria hanno pertanto radici ben anteriori allo sviluppo della figura dell’*homo oeconomicus* e del primo capitalismo. *L’ethos* economico, il discorso giuridico, l’essere *cives*, la fiducia si intrecciano fra di loro in una rete concettuale complessa e in un orizzonte di storicità che devono essere ricostruiti – come in questo caso – con le dovute cautele e gli strumenti interpretativi più adeguati.

⁵ T. Greco, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2021, p. 5.

⁶ G. Todeschini, *Fiducia e potere: la cittadinanza difficile*, in P. Prodi (a cura di), *La fiducia secondo i linguaggi del potere*, Bologna, il Mulino, 2008, pp. 17 ss.

⁷ Todeschini, in questo Quaderno, p. 27.

La centralità della fiducia e dell'affidamento è quindi un pilastro delle relazioni umane. Per Kenneth Arrow la fiducia è il «lubrificante del sistema sociale»⁸. Già Locke aveva parlato di un *vinculum societatis* come motore della convivenza civile e Niklas Luhmann ha scritto che «Senza fiducia [la gente] non potrebbe nemmeno alzarsi dal letto la mattina. Verrebbe assalita da una paura indeterminata, da un panico paralizzante»⁹.

Vittorio Pelligra, utilizzando gli strumenti della teoria dei giochi e dell'economia comportamentale, definisce i caratteri essenziali dell'interazione fiduciaria, discutendo in successione teorie e ricerche empiriche che hanno cercato di offrire diverse – ma insufficienti – spiegazioni di natura economica sulla rilevanza del “credere” e del “fidarsi”. «La divisione è arbitraria, ma credo utile, comunque, ai fini del nostro discorso. La categoria del “credere” include il “contare”, “dar credito”, “aver fede”. Nella categoria del “fidarsi”, invece, rientrano il “confidare” e l’“aver fiducia”. Il criterio che marca tale distinzione attiene alla natura del rapporto tra i soggetti: colui che si fida, il “fiduciante” e colui che riceve la fiducia, il “fiduciario”. Nell’ambito della categoria del “credere” l’azione del fiduciante presuppone una certa regolarità e prevedibilità del comportamento del fiduciario»¹⁰.

Il comportamento economico “assoluto” non riesce a spiegare perché, nonostante tutto, c’è chi si fida e chi si dimostra affidabile. La prospettiva della fiducia quale aspettativa di reciprocità deve essere allora ampliata. Il concetto di *rispondenza fiduciaria* torna utile in quanto descrive il meccanismo secondo cui «è la stessa fiducia ricevuta a generare e/o rafforzare le ragioni che stanno alla base di una risposta affidabile. Il nesso causale tradizionale tra l'affidabilità e la fiducia è in questo caso invertito». Qui è anzitutto la posizione del “fiduciante” ad essere al centro della scena. «Sintetizzando potremmo dire che la fiducia responsiva implica che il comportamento fiducioso del fiduciante, proprio perché segnala al fiduciario la sua aspettativa di affidabilità, finisce per suscitare e giustificare tale risposta affidabile da parte del fiduciario stesso. Una scelta fiduciosa, infatti, quando viene osservata dal fiduciario, segnala a quest’ultimo l’aspettativa che il fiduciante ha circa la sua affidabilità»¹¹.

Ma è possibile – si chiede e ci chiede Tommaso Greco – ricavare uno spazio più ampio per quello che si potrebbe definire un «diritto penale fiduciario»? Come detto, il penale sembra essere il terreno meno ricettivo. Così è

⁸ Secondo Luhmann la fiducia è un «riduttore della complessità sociale» (cit. da Greco, *La legge della fiducia*, cit., p. 142).

⁹ Cit. da V. Pelligra, *I paradossi della fiducia. Scelte razionali e dinamiche interpersonali*, Bologna, il Mulino, 2007, pp. 13, 15, 45.

¹⁰ Pelligra, in questo Quaderno, p. 38.

¹¹ Ivi, p. 54.

certamente per la visione, dominante, costruita attorno al paradigma sfiduciario o del «machiavellismo giuridico»¹².

Qui prevale una visione antropologica negativa degli esseri umani: egoisti, inclini al “male”, non possono fidarsi gli uni degli altri, e devono essere costretti da una robusta gabbia ortopedica fatta di contromisure, divieti e sanzioni. La spada viene brandita, il braccio possente del Leviatano si alza per minacciare e punire. Proprio laddove non c'è fiducia, ovvero in tutti i casi in cui non ci si fida dell'altrui comportamento, il diritto (penale) è invocato come risposta ineluttabile. Più il *rating* di fiducia è debole, più il diritto penale rompe gli argini e si verticalizza. Se la giustizia penale è il luogo di massimo esercizio della potestà pubblica, punitiva, esercitata in forma prevalentemente coercitiva e con esiti sanzionatori, chi delinque, infrangendo la legge e violando l'ordine politico della società, non può che *amare poenam*¹³. In tal senso, “La fiducia” evoca una costellazione tematica che si ricollega strettamente a due dei nostri precedenti Seminari e Quaderni, “La paura”¹⁴ e “Il castigo”¹⁵.

Nelle società strutturate attorno a una qualche forma di “obbligazione politica” la paura individua nel rapporto stato di natura/società/potere¹⁶ il meccanismo generatore (benché non esclusivo) della “protezione” e quindi del “contrario” della paura, la sicurezza, la stabilità, l'ordine¹⁷. Il paradigma hobbesiano ha contribuito potentemente (e all'epoca con scandalo) a fondare l'idea stessa dell'obbligazione politica sulla coppia oppositiva paura (“*mutual fear*”)/soggezione¹⁸. Nel *Leviathan*, smentendo la tesi già esposta nel *De cive*, il sovrano giustiziere, investito di un super-diritto di punire, è il «residuo, unico e potenziato uomo-allo-stato-di natura, l'ultimo e necessario lupo»¹⁹. Il rispetto del patto sociale ha come motore primo «the terror of some punishment». Qui la fiducia reciproca è sempre accompagnata dal *metus*, con la spada a fare da visibile deterrente.

Ma pensare il penale dal solo punto di vista della minaccia e della pena

¹² Greco, *La legge della fiducia*, cit.; in questo Quaderno, p. 59.

¹³ G. Cazzetta, Qui delinquit amat poenam. *Il nemico e la coscienza dell'ordine in età moderna*, «Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 38, 2009, I, pp. 421-494.

¹⁴ <<https://rivisteopen.unimc.it/index.php/qspg/article/view/2233>>.

¹⁵ <<https://rivisteopen.unimc.it/index.php/qspg/article/view/3005/2099>>.

¹⁶ D. Zolo, *Sulla paura. Fragilità, aggressività, potere*, Milano, Feltrinelli, 2011.

¹⁷ R. Cornelli, *Paura e ordine nella modernità*, Milano, Giuffrè, 2008.

¹⁸ C. Ginzburg, *Rileggere Hobbes oggi*, in *Paura reverenza terrore. Cinque saggi di iconografia politica*, Milano, Adelphi, 2015, p. 57 ss, per la traduzione che Hobbes fece di Tucidide sull'episodio della peste ad Atene e la situazione di *anomia* (*apeirgein* (tenere a freno) = *to awe* (incutere soggezione, “terrorizzare”). Cfr. C. Galli, *La produttività politica della paura. Da Machiavelli a Nietzsche*, «Filosofia politica», XXIV, 1, 2010.

¹⁹ G. Sorgi, *Quale Hobbes? Dalla paura alla rappresentanza*, Milano, F. Angeli, 1989, p. 83, pp. 161-176.

significa restare dentro i confini della sfiducia. Bisogna però porsi la seguente domanda per cercare di uscire dal circolo vizioso: «Siamo però sicuri che questo sia l'unico modo con cui guardare al diritto penale e alla funzione sociale che esso svolge? Una visione esclusivamente 'verticale', che riduce tutto alla pena, ci dice davvero tutto del diritto penale? Non c'è qualcosa che rimane fuori e che vale la pena di recuperare? Credo francamente di sì, e anche stavolta si tratta della struttura relazionale che persino (anzi, verrebbe da dire: *soprattutto*) il diritto penale implica»²⁰. Greco sottolinea l'esistenza di momenti fiduciari nel diritto penale facendo risaltare i profili relazionali, l'orizzontalità dei rapporti. Non si tratta di essere moralisti o "buonisti" ma piuttosto di maturare anzitutto la coscienza che persino «nel diritto penale esistono momenti nei quali il rapporto tra i soggetti include una dose più o meno grande (anche se spesso minima) di fiducia»²¹.

Non mancano quindi "risorse" e sperimentazioni che possano già evidenziare il lato positivo del pur esiguo e problematico penale fiduciario. La scienza giuridica – osserva Greco – ha la sua buona fetta di responsabilità nella possibilità di offrire una visione del diritto che non sia unidirezionale e prevalentemente negativa. «Proprio perché non c'è nulla di meccanico, nel funzionamento del diritto, bisogna avere coscienza del fatto che questo funzionamento dipende anche dall'idea che ci facciamo del diritto stesso, dei suoi meccanismi, di ciò che essi implicano»²².

Le *parole* – ci ricorda Grazia Mannozi – sono i vettori principali dei discorsi e delle visioni della fiducia. Per questo è importante perseguire un ideale di "ecologia linguistica" (I. Dionigi). Il *nomos* ha bisogno del *logos*, della dimensione rappresentativa e comunicativa. Un'attenta analisi linguistica dei documenti sovranazionali che riguardano le strategie di politica criminale, i diritti umani, la tutela delle vittime permette all'autrice di apprestare una piattaforma conoscitiva utile per definire il lessico della fiducia in ambito penale, facendo emergere «in primo luogo, come, in generale, la parola fiducia venga menzionata assai raramente e comunque sempre in accezioni piuttosto specifiche e circoscritte. E poiché la lingua anglosassone, a differenza di quella italiana, consente di diversificare, anche a livello lessicale, due accezioni della fiducia, è opportuno riassumere e sistematizzare i significati associati ai termini "trust" e "confidence»²³.

«La parola "trust" esprimerebbe una fiducia, per così dire, "fondativa", un'esperienza antropologica (si pensi alla fiducia nelle relazioni strette). È la fiducia che emerge prevalentemente nelle forme di una esperienza originaria,

²⁰ Greco, in questo Quaderno, p. 65.

²¹ Ivi, p. 72.

²² Ivi, p. 73.

²³ Mannozi, in questo Quaderno, p. 92.

di un modello cognitivo che precede ed eccede il linguaggio e si attualizza come forza di sintesi e collante sociale. La parola “confidence”, invece, è atta ad esprimere, piuttosto, una proiezione *dinamica* della fiducia, quale scommessa umana, attesa, speranza»²⁴.

Nel suo contributo Mannozi esamina l'intera fenomenologia fiduciaria nel penale mostrando la compresenza dei due poli. Per es. la presunzione di innocenza o la messa alla prova rispondono a dinamiche fiduciali; la custodia cautelare o le misure di prevenzione hanno a che fare con il polo opposto. Il paradigma “fiduciario” intende valorizzare, dare sostanza, alla dimensione «‘orizzontale-relazionale’ che accompagna sempre quella ‘verticale-sanzionatoria’»²⁵. Anche nel penale diritto e fiducia non sono sempre termini oppositivi. Recuperare il diritto alla sua originaria dimensione relazionale, strettamente legata alle dinamiche della società²⁶, significa avere coscienza di una visione più ricca e articolata e meno “riduzionistica”. Enfatizzare questa dimensione²⁷ non significa dimenticare la *necessità* del penale e delle sue ineludibili funzioni. Si tratta piuttosto di ritornare alle «radici del diritto» cogliendone tutte le dimensioni e una visione più complessa.

In un sistema “equilibrato” i due momenti, cooperativo/fiduciario e dissociativo/sfiduciario, possono non solo coesistere ma contemperarsi. Le riemergenti pulsioni politiche e sociali verso un *diritto penale massimo* e una giustizia del “castigo” sembrano allontanarci dal terreno di un diritto penale che consideri di più e valorizzi, nei limiti del possibile, taluni principi di ordine “fiduciario”. Gli ambiti della pena²⁸, delle misure alternative, della

²⁴ Ivi, p. 93.

²⁵ Greco, *La legge della fiducia*, cit., p. 13.

²⁶ Cfr. P. Grossi, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2018.

²⁷ Questa è la principale critica mossa da A. Pintore, *Il dovere della sfiducia*, in «Teoria e Storia del diritto privato», 2022: «Ho l'impressione che su questo punto Greco, non so quanto consapevolmente, compia l'operazione di costruirsi un avversario di comodo, forse al fine di enfatizzare la distanza delle tesi criticate dalle proprie – una mossa di cui egli non avrebbe in realtà bisogno dato che la chiarezza delle sue argomentazioni non lascia adito a dubbi». La replica di Greco, *La realtà della fiducia. In dialogo con Anna Pintore*, ivi: «Questa ineliminabile e feconda compresenza di fiducia e sfiducia mi pare sia evidente proprio sul piano del rapporto con le istituzioni e tra le istituzioni, che Pintore richiama in conclusione della sua nota per affermare in via definitiva la necessità – anzi, addirittura il dovere – della sfiducia». Sul tema del rapporto “sfiduciario” in ambito politico-istituzionale cfr. ora F. Di Sciullo *La democrazia della sfiducia. La rappresentanza nell'età del paradosso, 2001-2020*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022. Sul concetto di «*trust* universale» – che si fonda su un patto ipotetico che ogni essere umano sancisce con la sua nascita, un accordo di relazione con gli altri e con il mondo –, v. invece L. Floridi, *Il verde e il blu. Idee ingenuie per migliorare la politica*, Milano, Raffaello Cortina, 2020.

²⁸ Per es. M. Donini, *Per una concezione post-riparatoria della pena. Contro la pena come raddoppio del male*, «Rivista Italiana di diritto e procedura penale», LVI, 3, 2013, pp. 1162-1218; I. Marchetti, C. Mazzucato, *La pena “in castigo”. Un'analisi critica su regole e sanzioni*, Milano, Vita e Pensiero, 2014; D. Pulitano, *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, «Rivista Italiana di diritto e procedura penale», LIX, 2, 2016, pp. 641-669; G. Forti, *La cura delle norme. Oltre la corruzione delle regole e dei saperi*, Milano, Vita e Pensiero, 2018.

mediazione, della giustizia riparativa mostrano come sia possibile “affiancare” alla logica tradizionale alcuni strumenti “integrativi” utili per pensare un penale più “civile”²⁹. In particolare, è la giustizia riparativa – tanto più alla luce della riforma Cartabia³⁰ – ad attirare, sulla scia di una consolidata serie di studi, riflessioni ed esperienze³¹ – l’attenzione di chi ritiene auspicabile e possibile una giustizia penale in cui “punitivo” e “riparativo” non siano mondi incompatibili. Di difficile definizione, il paradigma della giustizia riparativa – col suo carattere «autenticamente rivoluzionario»³² – apre alla «rispondenza fiduciaria»³³ e chiama in causa il lessico della relazione, della responsabilità, della cura, della ricomposizione, un lessico che, senza la fiducia reciproca, non può produrre reali conseguenze. Una grande sfida dal punto di vista culturale e tecnico che necessita una visione innovativa della giustizia penale.

²⁹ M. Sbriccoli, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell’Italia unita* (1990), ora in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia*, t. I, *Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, Giuffrè, 2009, t. I, pp. 493-590.

³⁰ *Riforma Cartabia. Le modifiche al sistema penale*. Commentario diretto da G.L. Gatta e M. Gialuz. Pref. di Marta Cartabia. Vol. IV. *La disciplina organica della giustizia riparativa*, a cura di A. Ceretti, G. Mannozi, C. Mazzucato, Giappichelli, Torino 2024; V. Bonini (a cura di), *La giustizia riparativa*, Giappichelli, Torino 2024; M. Bouchard-F. Fiorentin, *La giustizia riparativa*, Giuffrè, Milano 2024.

³¹ Cfr., in particolare, G. Mannozi, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione penale*, Milano, Giuffrè, 2003; G. Mannozi, G. Lodigiani (a cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, il Mulino, 2015; L. Eusebi (a cura di), *Una giustizia diversa. Il modello riparativo e la questione penale*, Milano, Vita e Pensiero, 2015; G. Mannozi, G. Lodigiani, *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, Giappichelli, 2017; G. Così, *L’accordo e la decisione. Modelli culturali di gestione dei conflitti*, Milano, Utet, 2017; il numero monografico di «Paradoxa», 4, 2017 a cura di U. Curi; M. Cartabia, A. Ceretti, *Un’altra storia inizia qui. La giustizia come ricomposizione*, Milano, Bompiani, 2020; G. Mannozi, R. Mancini, *La giustizia accogliente*, Milano, F. Angeli, 2021.

³² «Il punto nodale sul quale vorrei concentrare l’attenzione è il carattere autenticamente rivoluzionario che presenta la giustizia riparativa praticata all’interno del diritto penale, per la semplice ragione che il suo paradigma è nella sostanza alternativo, altro, se non addirittura “tutt’altro”, rispetto a quello della giustizia punitiva. Se la giustizia *tout court* che ruota attorno agli illeciti penali persegue l’obiettivo di (ri)creare le condizioni per una convivenza pacifica e forse, in termini ancor più ambiziosi, per ricreare le condizioni per un possibile futuro sia del reo che della vittima, tuttavia tale obiettivo è perseguito dalla giustizia riparativa in modo assolutamente diverso da come è perseguito dalla giustizia punitiva» (R. Bartoli, *Una breve introduzione alla giustizia riparativa nell’ambito della giustizia punitiva*, in *Sistema penale*, <<https://www.sistemapenale.it/it/articolo/bartoli-introduzione-giustizia-riparativa-giustizia-punitiva>>).

³³ «Considerare la fiducia come un concetto responsivo, che mobilita e attiva motivazioni di natura relazionale, porta ad aprire il modello dell’*homo oeconomicus*, alle influenze dell’“altro”. L’altro, in questa visione, non è un “altro io”, bensì un “tu”, diverso, rischioso, ma necessario» (Pelligra, *I paradossi della fiducia*, cit., p. 264).

3. *Storie del diritto*

Una celebre controversia tra Emanuele Gianturco ed Enrico Cimbali sul «principio fondamentale» della fiducia testamentaria nei «fertilissimi» anni Ottanta dell'Ottocento ci riporta sul terreno “propizio” del diritto civile. Accomunati dall'adesione alla filosofia positiva, i due giuristi interpretano in maniera antitetica il tema delle disposizioni fiduciarie in ambito testamentario. Queste generano obbligazioni civili giuridicamente vincolanti secondo Gianturco o un semplice vincolo morale, «di cui il diritto tollera l'adempimento spontaneo, senza però invischiarsi nel rapporto intimo e segreto tra testatore ed onerato –»³⁴ secondo l'opinione di Cimbali.

Al di là del tema specifico, ciò che appare rilevante ai fini del nostro Quaderno è il dibattito “realistico” – come sostiene Amato – che nella cultura giuridica italiana del tempo apre alla socializzazione del diritto, collocando il problema “fiduciario” in uno spazio che il dato positivo non riesce ad abbracciare del tutto. La posta in gioco è «la realtà intesa come fenomeno sociale, e questa viene prima delle sue forme giuridiche positive, che possono essere adattate o addirittura messe in discussione a seconda delle necessità del contesto sociale di riferimento»³⁵.

Anche il celebre episodio “verista” dei Malavoglia – richiamato da Monica Stronati – ci porta sul confine tra credito, fiducia e usura. L'introduzione del reato nelle codificazioni moderne cercava di mediare tra la liceità del tasso di interesse entro una soglia determinata e il ricorso alla (debole) minaccia di sanzioni penali. Il problema riguarda, ancora una volta, coloro che stanno fuori o appena ai margini del circuito della razionalità economica. Nello spazio di mercato il povero non potrà che soccombere alle richieste dell'usuraio. Qui l'usura e le sue “regole” si sostituiscono al “mercato” ordinario della fiducia. Nel corso dell'Ottocento, tuttavia, una soluzione praticabile appare quella dell'associazione. «Le associazioni di mutuo soccorso danno vita a cooperative di credito oppure consentono forme di credito di più agevole accesso. Per esempio, praticano il prestito d'onore, accessibile a coloro che sono esclusi dal mercato del credito ordinario, in quanto non “meritevoli” di fiducia. L'obiettivo è quello di edificare un'economia del mercato libero fondato sul credito, cioè sulla fiducia»³⁶.

Tale fenomeno non va letto solo come un tassello della storia del movimento operaio, ma occorre valorizzare anche altri aspetti tipici dell'associazionismo mutualista, la dimensione economica e sociale, nonché quella giuridica. Il *self help* «è lo strumento che consente di accedere non solo al

³⁴ Amato, in questo Quaderno, p. 112.

³⁵ Ivi, pp. 114-115.

³⁶ Stronati, in questo Quaderno, p. 174.

credito, ma alla cittadinanza, senza l'intervento coercitivo del legislatore, senza l'affidamento fideistico nell'auto-regolazione del mercato, senza l'incertezza della filantropia e senza l'intervento dello Stato, se non in via sussidiaria»³⁷.

Il *self-interest* non spiega tutto, però. «Chiunque decida di versare – spesso con grandi sacrifici – contributi, certamente lo fa nell'ottica di godere di benefici, ma è una situazione eventuale che si genera solo a determinate condizioni e solo nell'eventualità di incorrere in uno dei bisogni previsti dagli Statuti. L'adesione ad una associazione di mutuo soccorso è anzitutto un atto volto ad aderire ai valori di una comunità. Il socio che si sottrae agli impegni non perde solo i vantaggi “assicurativi”, ma soprattutto la fiducia della comunità»³⁸. Le società di mutuo soccorso possono svolgere, indirettamente, anche una funzione significativa nell'ambito del sistema penale, in specie sotto il profilo della “prevenzione” dell'usura e funzionare così da veri e propri “rimedi sociali”, alternativi o integrativi rispetto alla mera minaccia penale.

4. Il problema della fiducia nella giustizia penale

Il problema della *fiducia nella giustizia penale* è centrale nelle società contemporanee: è anche il problema della *fiducia verso la giustizia* e chi la amministra³⁹. Roberto Cornelli esamina il «filone di ricerca sulla *Procedural Justice* che indica la fiducia nelle istituzioni come fattore decisivo per comprendere i motivi per cui le persone rispettano la legge e per orientarle in tale direzione»⁴⁰. Secondo alcune analisi i consociati obbediscono alle leggi quando queste sono fondate più sulla *legitimacy* – che ha molto a che fare con la fiducia – che sulla minaccia di sanzioni. Si apre la possibilità di un circolo virtuoso: le legittimità aumenta quando le persone vedono che l'autorità (giudiziaria, di polizia, ecc.) agisce in modo corretto.

Tuttavia, «il riconoscimento della legittimità di un'autorità da parte dei governati può fondarsi tanto sulla correttezza e sul rispetto verso chi è inclu-

³⁷ Ivi, p. 182.

³⁸ Ivi, p. 183. Cfr. anche M. Stronati, *Solidarietà relazionale e solidarietà universale: la “liberazione dal bisogno” tra Otto e Novecento*, in G. Canavesi, E. Ales (a cura di), *Il sistema previdenziale italiano. Principi, struttura ed evoluzione*, Torino, Giappichelli, 2017, pp. 3-22.

³⁹ Per es. G.C. Caselli, L. Pepino, *A un cittadino che non crede nella giustizia*, Roma-Bari, Laterza, 2005; N. Rossi, *Questione morale o questione democratica?*, «Questione Giustizia on line», 26.1.2021; F. Ippolito, *Fiducia nei cittadini per riconquistarne la fiducia*, «Questione Giustizia on line», 8.10.2021.

⁴⁰ In questo Quaderno, p. Cfr. anche R. Cornelli, *Procedural Justice e campo emotivo: uno studio sulla fiducia dei giovani nelle forze dell'ordine in base ai dati italiani della ISRD3*, «Rassegna Italiana di Criminologia» 3, 2015, pp. 234-243.

so nella comunità di riferimento, quanto sull'intransigenza e sull'uso della coercizione nei confronti di chi va escluso»⁴¹.

«La sfida – conclude Cornelli – non è dunque immaginare una società senza conflitto governata dalla fiducia, semmai indagare, in ogni società, in quali zone di frontiera la 'legge della fiducia' perde terreno e su queste zone agire per evitare che i sentimenti fiduciari sostengano la 'forza di legge'. Partendo proprio da una lettura complessa della fiducia, sentimento ambiguo che, nelle dinamiche di legittimazione del potere, sostiene (ed è sostenuto) da progetti di società con differenti gradi di inclusività; e proseguendo nel cercare di attenuare l'ambiguità propria della fiducia, attraverso l'attivazione di circoli virtuosi di responsabilità reciproca capaci di riparare le relazioni proprio nelle zone di frontiera interne ed esterne in cui viene spesso lacerato o interrotto, e, nel ripararlo, di costruirlo *ex novo* su nuove basi, quelle di una cittadinanza inclusiva»⁴².

Guardare al diritto penale dalla prospettiva della fiducia/sfiducia «consente – osserva Roberto Bartoli – di illuminare problematiche che stanno al cuore della penalità e che oggi conoscono trasformazioni che non esito a definire epocali»⁴³. È uno sguardo che anzitutto genera domande, affatto scontate: «se il diritto e, soprattutto, il diritto penale sono al fondo coazione, forza, violenza, che rapporto c'è tra violenza e fiducia? Può esserci fiducia dove si esercita violenza? Forse può esserci una fiducia "collettiva", da parte della generalità dei consociati, ma può esserci fiducia da parte di chi direttamente e concretamente pratica o subisce questa violenza? Ed ancora, può esistere un diritto che non sia violento o comunque meno violento possibile e quindi maggiormente idoneo a rafforzare la sua capacità di creare autentica fiducia?»⁴⁴.

La produzione di fiducia e di sfiducia nell'ordinamento penalistico non possono che convivere. Il paradigma che si basa sulla forza e sulla coazione è in sé sfiduciario. «L'esercizio della violenza comporta necessariamente il disconoscimento dell'altro e ciò sia che venga esercitata come aggressione (illecito), sia che venga utilizzata come reazione (sanzione) e quale che sia il soggetto che impiega la violenza reattiva (privato o Stato)»⁴⁵.

Il 'paradosso' sta nel fatto che «la violenza sfiduciaria esercitata nei confronti della singola persona è destinata a generare fiducia nella collettività»⁴⁶. Partendo da questo inevitabile 'conflitto' l'autore passa in rassegna i modelli

⁴¹ Cornelli, in questo Quaderno, p. 202.

⁴² Ivi, p. 194.

⁴³ Bartoli, in questo Quaderno, p. 205.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ Ivi, p. 209.

⁴⁶ Ivi, p. 212.

di penalità che, sulla base delle dinamiche della fiducia/sfiducia, evocano le categorie dell'abolizionismo, autoritarismo, garantismo, populismo e personalismo.

I primi due modelli si situano agli antipodi: il primo, utopistico,⁴⁷ è *iper-fiduciario*, il secondo, potremmo dire, *iper-sfiduciario*. «Al modello autoritario si contrappone quello del costituzionalismo, dove si pongono limiti alla politica e quindi catene al Leviatano. Il costituzionalismo garantisce fiducia nello Stato e nel Leviatano proprio perché il suo operare è soggetto a limiti: libertà, diritti, principi divengono limiti invalicabili soprattutto nell'impiego della violenza e quindi consentono di creare fiducia tra la società e lo Stato»⁴⁸. In questa prospettiva, il garantismo liberale ha cercato, specie in alcune fasi della storia del penale in Italia, di trovare e di mantenere «un equilibrio tra violenza individualmente praticata e fiducia collettiva prodotta»⁴⁹.

Il garantismo classico, di matrice individualista, è minacciato e depotenziato dal modello populista che cerca di guadagnare fiducia accentuando le ragioni della “sicurezza” della società diventando spesso una vera e propria strategia politica. «Populismo penale non è quindi il semplice maggiore impiego del penale per dare voce alle istanze punitive, non è solo usare il penale per ottenere consenso, populismo penale è accanirsi sul singolo ovvero collocarsi a priori dalla parte della violenza esercitata dallo Stato per tendere a una legittimazione assoluta che tuttavia si colloca in tensione con i limiti di legittimità»⁵⁰. Se il garantismo è comunque figlio del potere politico/legislatore – con tutti i rischi di strumentalizzazione – «Al populismo non può che rispondere giuridicamente il costituzionalismo che significa limiti e quindi riduzione della violenza. Ecco che esistono determinati ambiti che il potere politico, ancorché democraticamente legittimato, non può valicare. Certo, non può che esserci equilibrio, e non possono non essere rispettati margini di discrezionalità che competono alla politica, ma deve essere altrettanto chiaro che esistono limiti assoluti invalicabili oltre i quali il potere politico non può andare»⁵¹.

Bartoli ritiene che il personalismo costituzionalmente orientato sia il “modello” in grado di rappresentare e di riconoscere nel penale *anche* la dimensione fiduciaria. La riforma Cartabia ha contribuito a valorizzare percorsi già aperti e a segnalarne di nuovi. In particolare, da un lato diminuire l'afflittività della pena, investendo sulle alternative al carcere a cominciare dalle

⁴⁷ «Il tema è se un siffatto modello abolizionista possa vivere in autonomia, possa sostituirsi al diritto che si basa sulla violenza. Ebbene, a me pare che una tale operazione non sia possibile» (ivi, p. 217).

⁴⁸ Ivi, p. 215.

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Ivi, p. 220.

⁵¹ Ivi, p. 221.

pene sostitutive⁵². «Dall'altro lato, la personalizzazione del diritto penale è stata perseguita introducendo nel nostro ordinamento la giustizia riparativa, vale a dire quel paradigma che si caratterizza addirittura per la mancanza di violenza, ponendo al centro della risposta all'illecito i diretti protagonisti della vicenda criminosa, non soltanto il reo, ma anche la vittima e ancora una volta la comunità sociale. L'idea di fondo è addirittura di far compiere allo Stato un passo indietro, affinché autore e vittima facciano un passo avanti al fine di un incontro sostanziale e un reciproco riconoscimento»⁵³.

Il diritto penale – ci ricorda Domenico Pulitanò – è in sé ambivalente: è una delle principali tecnologie del Leviatano, ma non è incompatibile con il paradigma fiduciario. Sono però dimensioni che operano in costante *tensione*. «Sotto tutti gli aspetti, il rapporto con il potere del Leviatano vorrebbe (e dovrebbe) poter essere di *fiducia critica*. Per quanto concerne il dritto criminale/penale, la cultura giuridica non può non partire dal problema hobbesiano della sicurezza, per farsi carico di tutte le sue implicazioni: sia le eventuali esigenze di intervento con strumenti penalistici, sia le esigenze di contrappesi e di limiti al potere del Leviatano»⁵⁴. Un punto di equilibrio realistico è un obiettivo da perseguire. Il populismo penale “risponde” – sbagliando – a problemi, preoccupazioni e risentimenti diffusi. Perciò «Politiche penali diverse – più liberali e più umane – non possono eludere questi problemi, ma dovrebbero incorporarli in altri modelli, meglio funzionanti, di produzione di fiducia. Fiducia nella tutela apprestata dal potere del Leviatano, ma anche fiducia sul controllo dei rischi immanenti all'esercizio di tale potere»⁵⁵.

I contributi a questo Quaderno hanno ampiamente confermato la bontà della scelta tematica. La fiducia è una parola-chiave che non può mancare nella cassetta degli attrezzi dello scienziato sociale. Non può mancare neppure nello “scomparto” di coloro che, da varie angolazioni, si interessano di diritto e di giustizia penale. Qui, nonostante tutto, resta un tema *provocative* che è bene alimenti il dibattito critico e orienti il lavoro responsabile della scienza giuridica. La fiducia è un bene relazionale generativo (carente e prezioso), chiamato ad operare in un contesto conflittuale. Per noi resta valido l'aforisma di Ernest Hemingway: «Il modo migliore per scoprire se ci

⁵² «Ma si può punire senza carcere? Certo che si può punire senza carcere. La cultura carcere-centrica e quindi populista è talmente radicata nella nostra visione culturale che siamo giunti a identificare la stessa punizione con il carcere. Ma il carcere è soltanto uno dei modi possibili per punire. Il tema vero diviene allora trovare altri modi di punire. Insomma, è davvero giunto il momento di pensare a un sistema in cui il carcere è vera e propria *extrema ratio*, per la criminalità grave e in seconda battuta, mentre per la criminalità medio bassa, occorre punire senza carcere, in libertà, potendo il carcere intervenire solo quando si violano le prescrizioni in libertà» (ivi, p. 222).

⁵³ Ivi, p. 223.

⁵⁴ Pulitanò, in questo Quaderno, p. 231.

⁵⁵ *Ibidem*.

si può fidare di qualcuno è fargli fiducia». Pensare il penale *anche* come un diritto della relazione sociale significa prendere sul serio una visione *radicale* del diritto. E «Oggi, più che mai, dopo l'emergenza pandemia, dopo il ritorno della guerra vicino a noi, in mezzo a sbandamenti intellettuali, il nostro compito intellettuale è difendere i presupposti etici ed epistemici della civiltà liberale e di una ragionevole fiducia nella sua possibilità di tenuta»⁵⁶.

⁵⁶ Ivi, p. 232.

