

Quaderno di storia del penale e della giustizia

5 / 2023



La fiducia

Riflessioni interdisciplinari per un dibattito contemporaneo su giustizia, diritto di punire e pena



Quaderno di storia del penale e della giustizia

5 / 2023



La fiducia

Riflessioni interdisciplinari
per un dibattito contemporaneo
su giustizia, diritto di punire e pena



Quaderno di storia del penale e della giustizia

rivista annuale

5 / 2023

ISSN (print) 2612-7792

ISSN (online) 2704-7148

ISBN 978-88-6056-944-8 (print)

© 2024 eum edizioni università di macerata, Italy

Il logo, da un disegno di Pablo Picasso, è tratto dall'*ex-libris* di Mario Sbriccoli

Comitato di Direzione

Ninfa Contigiani, Luigi Lacchè (Coordinatore), Paolo Marchetti, Massimo Meccarelli, Emilia Musumeci, Monica Stronati

Consiglio scientifico

Alejandro Agüero (Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de Córdoba - CONICET, Argentina), Yves Cartuyvels (Université Saint-Louis, Bruxelles, Belgique), Patrick Cavaliere (Laurentian University, Ontario, Canada), Paul Garfinkel (Simon Fraser University, British Columbia, Canada), Mary Gibson (John Jay College of Criminal Justice, City University of New York, USA), Jean-Louis Halpérin (Ecole Normale Supérieure, Paris, France), Karl Härter (Max Planck Institut für Europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt am Main - Institut für Geschichte der Technischen Hochschule Darmstadt, Deutschland), Marta Lorente Sariñena (Facultad de derecho, Universidad Autónoma de Madrid, España), Michel Porret (Département d'histoire générale, Université de Genève, Confédération suisse), Philippe Robert (CESDIP, Directeur de recherches émérite CNRS, France), Stephen Skinner (Law School, University of Exeter, Great Britain), Thomas Vormbaum (Fern-Universität in Hagen, Deutschland)

Editing

Francesca Martello

Indirizzo

Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Macerata, via Garibaldi 20, 62100 Macerata, Italia

web: riviste.unimc.it/index.php/qspg

e-mail: luigi.lacche@unimc.it

Editore

eum edizioni università di macerata
Palazzo Ciccolini, via XX settembre, 5,
62100 Macerata; tel. (39) 0733 258 6080
web: eum.unimc.it
e-mail: info.ceum@unimc.it

I saggi contenuti in ciascun numero del Quaderno sono sottoposti a referaggio da parte dei membri del Comitato di redazione.

I numeri del *Quaderno di storia del penale e della giustizia* sono consultabili gratuitamente a partire dai siti web del periodico e dell'editore e rilasciati nei termini della licenza Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International CC BY-NC-ND 4.0.

Il Quaderno di storia del penale e della giustizia è una rivista inserita dall'ANVUR nella fascia A dell'Area 12 Scienze giuridiche.

Sommario

La fiducia

Luigi Lacchè

- 7 Avere fiducia nella fiducia: quale visione del penale?

Passaggi

Giacomo Todeschini

- 23 Affidabilità civica e intelligenza economica: la competenza contabile come presupposto della fiducia (XIII-XV secolo)

Vittorio Pelligra

- 37 La Rispondenza Fiduciaria

Tommaso Greco

- 59 È possibile un diritto penale fiduciario?

Grazia Mannozi

- 75 Quadri giuridico-linguistici della fiducia: il *logos*, le norme, il sistema penale

Storie del diritto

Andrea Raffaele Amato

- 105 Due anime del *Realismo giuridico italiano*: l'ammissibilità della fiducia testamentaria in una celebre controversia tra Emanuele Gianturco ed Enrico Cimbali negli anni Ottanta dell'Ottocento

Monica Stronati

- 163 'Dare credito', 'dare fiducia': usura e mutuo soccorso tra Otto e Novecento

Lessico e politica del penale

Roberto Cornelli

- 193 Fidarsi, affidarsi e fare affidamento. L'ambiguità della fiducia nelle istituzioni

Roberto Bartoli

- 205 Dritti al cuore del Leviatano tra fiducia, violenza e personalismo

Domenico Pulitanò

- 225 Quale fiducia nel diritto criminale/penale?

- 233 Abstracts

- 239 Autori

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. Curj; 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.

Passaggi

Giacomo Todeschini

Affidabilità civica e intelligenza economica: la competenza contabile come presupposto della fiducia (XIII-XV secolo)

La parola/concetto *fides* dopo la sua fase romana e specificamente giuridica, vive una mutazione profonda in seguito alla graduale cristianizzazione dei discorsi politici ed economici europei¹. Se nell'alto medioevo il termine *fidelis* indica nello stesso tempo la persona affidabile dal punto di vista giuridico e contrattuale, ossia la persona la cui testimonianza in un tribunale è presumibilmente credibile, ma anche la persona la cui fede religiosa è da ritenersi giusta, a partire dal secolo XI, con il complicarsi del quadro politico-istituzionale caratterizzato dal doppio e concomitante fenomeno della riforma della Chiesa e della cosiddetta rivoluzione economica, la *fides*, la *fidelitas* che le dà corpo, e i *fideles* che la personificano, assumono sempre più dei significati dipendenti nello stesso tempo dal lessico intellettuale teologico, da quello giurisprudenziale e da quello socio-professionale². Per la legislazione visigota del VII secolo, fortemente influenzata dal dettato giustiniano, era certamente *infidus* giuridicamente e dunque inabilitato a testimoniare in un tribunale chi non praticava la vera *fides*, quella cristiana nella versione nicena ribadita dal *Corpus Iuris Civilis*. Si trattava di una nozione che, seppure limitata in origine all'ambito visigotico e messa a fuoco dalle politiche sovrane antiebraiche di Sisenando e del vescovo Isidoro di Siviglia nell'ambito del quarto concilio di Toledo, nel 633, verrà ampiamente ripresa e diffusa dalle collezioni di Diritto canonico a cominciare da quella pseudo-isidoriana intorno all'850, per poi rifluire verso il 1140 nel *Decretum Gratiani* (C. II, q. VII, c. 24) che la trasmetterà al Diritto canonico e civile successivo³. In questa fase,

¹ Cfr. *La fiducia secondo i linguaggi del potere*, a cura di P. Prodi, Bologna, il Mulino, 2007.

² G. Todeschini, *Visibilmente crudeli. Malviventi, persone sospette e gente qualunque dal Medioevo all'età moderna*, Bologna, il Mulino, 2007.

³ *Concilium Toletanum Quartum*, c. 64 (anno 633): «Non potest erga homines esse fidelis qui Deo extiterit infidus: iudaei ergo, qui dudum christiani effecti sunt et nunc in Christi fidem praevaricati sunt, ad testimonium dicendum admitti non debent, quamvis esse se christianos adnuntient,

però, e a partire appunto dalla versione delle cosiddette decretali pseudo-isidoriane di epoca carolingia, l'originale dettato antiebraico verrà amplificato venendo a riguardare più in generale l'inaffidabilità giuridica degli *infideles* in senso lato, degli eretici e, ancor più genericamente, degli infami di diritto e di fatto. Il testo originariamente polemico nei confronti degli ebrei convertiti della cui *fides* si sarebbe dovuto diffidare, infatti, era stato precisato, già nel clima politico che aveva prodotto le Decretali pseudo-isidoriane, per mezzo di un suo accostamento ad un'ulteriore definizione che ne generalizzava il significato: «Ut omnes qui in fide catholica suspecti sunt in testimonio humano dubii habeantur»⁴.

A partire dunque dalla ricapitolazione giuridica operata dalla canonistica e dalla civilistica bolognese, fra XII e XIII secolo, i gradi della fede e dell'affidabilità saranno analizzati in una prospettiva sempre più ravvicinata, tanto da moltiplicarli secondo una logica probabilistica in se stessa derivante dalla sempre maggiore importanza riconosciuta alla figura dell'interprete giuridico o teologico⁵ a cui, ora più che in passato, veniva affidata la ricognizione dei gradi di credibilità dei soggetti politici ed economici che nell'insieme costituivano la *civitas christiana*, assunta come *civitas* umana per definizione. L'esclusione dal diritto di testimoniare che, secondo la dottrina civilistica e canonistica, caratterizza – dal Duecento – la vasta e variegata famiglia di quanti venivano definiti *infames*, un'esclusione le cui radici per quanto riguardava gli *infames facti*⁶ affondavano anch'esse nel sistema discorsivo costruito dalle collezioni canoniche fra IX e XI secolo, si venne precisando in senso economico soprattutto in conseguenza della sempre maggior attenzio-

quia sicut in fide Christi suspecti sunt, ita et in testimonio humano dubii habentur. Infirmari ergo oportet eorum testimonium qui in fide falsi docentur, nec eis esse credendum qui veritatis a se fidem abiciunt», Projekt Pseudoisidor, <<http://www.pseudoisidor.mgh.de/html/108.htm>>, giugno 2024; cfr. W. Pakter, *Medieval Canon Law and the Jews*, Ebelsbach, Imprint, 1988, p. 161; A. Linder, *The Jews in the legal sources of the early Middle Ages*, Detroit, Wayne State University Press, 1997, p. 490. Il testo rifluisce in *Decretum Gratiani* C. 2, q. 7, c. 24.

⁴ Ps.-Benedictus Levita, *Capitularia, Libellus* V, 335: «UT OMNES, QUI IN FIDE CATHOLICA SUSPECTI SUNT, IN TESTIMONIO HUMANO DUBII HABEANTUR. Omnes, qui in fide Christi vel catholica suspecti sunt, in testimonio humano dubii habeantur. Infirmari ergo oportet eorum testimonium, qui in fide falsi docentur, nec eis esse credendum, qui veritatis fidem ignorant» benedictus.mgh.de, <<https://www.benedictus.mgh.de/edition/aktuell/libl.pdf>>, giugno 2024.

⁵ V. Crescenzi, *Linguaggio scientifico e terminologia giuridica nei glossatori bolognesi: "interpretari", "interpretatio"*, in *Vocabulaire des écoles et des méthodes d'enseignement au moyen âge*, a cura di O. Weijers, Turnhout, 1992, pp. 111-129; P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Roma, Laterza, 1995.

⁶ F. J. Rodimer, *The canonical effects of infamy of fact. A historical synopsis and a commentary*, Washington, The Catholic University of America Press, 1954; G. May, *Die Anfänge der Infamie im kanonischen Recht*, «Zeitschrift für Rechtsgeschichte» *Kan. Abt.* 47 (1961), pp. 77-94; P. Landau, *Die Entstehung des kanonischen Infamienbegriffs von Gratian zur Glossa Ordinaria*, Köln-Graz, Böhlau Verlag, 1966; F. Migliorino, *Fama e infamia: problemi della società medievale nel pensiero giuridico nei secoli 12 e 13*, Catania, Giannotta, 1985.

ne portata dai dottori del Diritto comune e dai canonisti ai *pauperes* intesi come soggetti minori dal punto di vista civico. La loro fragilità sociale nel momento stesso in cui li qualificava come presenze da tutelare, ne rendeva infatti inattendibile la parola e quindi la testimonianza davanti a un giudice, né tanto meno intentare una causa (*accusare*). Anche in questo caso la radice del discorso stava in alcuni testi giustiniani (Digesto 48, 2, 8-10; Novella 90, *de testibus*) ripresi da una lettera di Gregorio Magno (Libro XIII, epistola 45; per questa trasmissione rimando alle ricerche di Albert Gauthier⁷) che era poi stata inserita nel *Decretum* di Graziano (C. II, q. I, c. 7). Per questa via, oltre che tramite una lettura diretta dei testi del *Corpus* giustiniano, giungeva alla cultura cristiana egemone del XIII secolo il principio normativo secondo il quale gli *inopes* ovvero i poveri in senso specificamente economico erano esclusi dal diritto di testimoniare e accusare (così come altre *viles personae*) in conseguenza della presumibile natura sospetta delle loro parole, derivante da una condizione sociale inferiore, intesa a sua volta come forma di non libertà ossia di dipendenza personale in grado di viziare la loro testimonianza. La codificazione duecentesca delle ragioni che annullavano il valore di una testimonianza venne dunque a comprendere insieme con altre motivazioni di inattendibilità dei testimoni, quella che derivava dalla condizione economica subalterna di chi, pur non essendo *infidus* per motivi religiosi o *infamis* per la sentenza emessa da un giudice, era purtuttavia privo della credibilità e dell'onorabilità spettanti ai *cives* e ai *fideles* in conseguenza della sua appartenenza al gruppo economico dei *pauperes*, dei socialmente minori o, per dirlo con Tommaso d'Aquino, di quelli ai quali si possono dare ordini: «pauperes, servi et illi quibus imperari potest, de quibus probabile est quod facile possint induci ad testimonium ferendum contra veritatem»⁸. In altre parole, come ripeteranno innumerevoli autorità giuridiche dal Due al Quattrocento e oltre, da Bernardo di Pavia a Enrico di Susa, dal *Brachilogus iuris civilis* a Pillio da Medicina, da Tancredi di Bologna a Baldo degli

⁷ A. Gauthier, *L'utilisation du droit romain dans la lettre de Grégoire le Grand à Jean le Défenseur*, « Angelicum », 54/3, 1977, pp. 417-428 ; il testo della lettera in MGH *Epistolarum* T. II, Berlin 1899 : *Gregorii I Papae Registrum*, L. XIII, 47, pp. 410-412 : « ... de personis accusantium et testificantium suptiliter quaerendum est, cuius condicionis cuiusve opinionis aut ne inopes sint... », p. 411.

⁸ Tommaso d'Aquino, *Summa Theologica*, II IIae, q. 70, a. 3, *Utrum alicuius testimonium sit repellendus absque eius culpa*, *Respondeo*: «... ex exteriori conditione, sicut sunt pauperes, servi et illi quibus imperari potest, de quibus probabile est quod facile possint induci ad testimonium ferendum contra veritatem ...»; cfr. Todeschini, *Visibilmente crudeli* cit, cap. 7; *Ibidem.*, *Visibili o invisibili. Dinamiche dell'esclusione e origini della cittadinanza in Europa*, in *L'Europa allo specchio. Identità, cittadinanza, diritti*, a cura di F. Cerrato, M. Lalatta Costerbosa, Bologna, il Mulino, 2021, pp. 93-108. Sulle concezioni economiche di Tommaso d'Aquino, cfr. G. Todeschini, «*Ecclesia*» e mercato nei linguaggi dottrinali di Tommaso d'Aquino, «*Quaderni Storici*» 105/3, 2000, pp. 585-621.

Ubaldi⁹, non si poteva considerare affidabile in sede giuridica e pubblica ovvero sia civica ma anche teologico-morale chi non partecipasse a pieno titolo alla vita pubblica della *civitas*, poiché non incluso nella cerchia degli *honesti*, e cioè dei socialmente ed economicamente rispettabili: di quanti potevamo essere riconosciuti, cioè, come *cives* a pieno titolo¹⁰.

La catalogazione delle persone che avevano il diritto di testimoniare, che cioè erano considerate prevedibilmente affidabili, aveva messo in evidenza, nella dottrina giuridica tanto civilistica quanto canonistica, fra XII e XIII secolo, l'importanza della condizione economica come fattore determinante della fiducia. Se i poveri, gli *inopes*, in quanto socialmente minori, in quanto subalterni per definizione, non potevano godere di fiducia a livello giudiziario e civico, né d'altronde come recitano numerosi statuti cittadini italiani del Duecento non potevano essere eletti alle cariche pubbliche, al pari di altre categorie marginali o considerate inferiori a livello civico, ciò veniva a significare non soltanto che lo status economico tendeva ad essere inteso come significante dal punto di vista della definizione dell'appartenenza ad una cittadinanza¹¹, ma anche che i comportamenti economici ossia la capacità e le modalità di partecipazione alla vita economica divenivano un dato essenziale e valutabile dal punto di vista di chi, magistrati cittadini, autorità religiose, membri delle oligarchie politiche e commerciali, disegnava seppure talvolta in maniera contraddittoria il perimetro della *concivilitas*¹².

Per comprendere a fondo il passaggio dalla diffidenza giuridica e giudiziaria nei confronti dei *pauperes*, una diffidenza di radice giustiniana (Digesto, 48, 2, 10: «[prohibentur accusare]... nonnulli propter paupertatem, ut sunt qui minus quam quinquaginta aureos habent») rielaborata e ricodificata in ambiente canonistico, alla sfiducia nei confronti di quello che si potrebbe chiamare l'analfabetismo economico di coloro che non facevano parte della cittadinanza economicamente attiva, è utile ricordare alcuni caratteri principali della mutazione economica e politica che caratterizza prima di tutto le città centrosettecentrali italiane e dell'Europa centro-occidentale fra XIII e XV secolo.

⁹ Landau, *Die Entstehung des kanonischen Infamienbegriffs von Gratian zur Glossa Ordinaria*, cit.; Migliorino, *Fama e infamia: problemi della società medievale nel pensiero giuridico nei secoli 12 e 13*, cit.

¹⁰ Todeschini, *Visibilmente crudeli* cit.

¹¹ *Cittadinanza e disuguaglianze economiche. Le origini storiche di un problema europeo*, a cura di C. Lenoble e G. Todeschini, «Mélanges de l'Ecole Française de Rome. Moyen Age», 125/2, 2013, OpenEdition Journals, <<https://journals.openedition.org/mefrm/1249?lang=it>>.

¹² Cfr. *Cittadinanze medievali: dinamiche di appartenenza a un corpo comunitario*, a cura di S. Menzinger, Roma, Viella, 2017; S. Menzinger, *Pagare per appartenere. Sfere di interscambio tra fiscalità ecclesiastica e laica in Francia meridionale e nell'Italia comunale (XII secolo)*, «Quaderni storici», 49, 2014, pp. 673-708; M. Vallerani, *Fiscalità e limiti dell'appartenenza alla città in età comunale. Bologna fra Due e Trecento*, Ivi, pp. 709-742; *Valore delle cose e valore delle persone: dall'Antichità all'Età moderna*, a cura di M. Vallerani, Roma, Viella, 2018.

Come è noto, in questa fase, e cioè approssimativamente dalla metà del Duecento alla fine del Quattrocento hanno inizio e si svolgono parallelamente (1) il processo di crescita sociale oltre che economica e finanziaria del ceto riassunto assai genericamente dal termine *mercatores*, (2) il fenomeno dell'oligarchizzazione dei ceti dirigenti cittadini e (3) la crescita della produzione di testi che analizzano, valutano e definiscono il sistema dei mercati in trasformazione. Questi tre aspetti della, come è stata chiamata, "rivoluzione economica"¹³ bassomedievale e della nascita di una civiltà di mercato, sono difficilmente distinguibili l'uno dall'altro, costituendo piuttosto tre momenti strettamente interconnessi della formazione di quello che sarà, soprattutto a partire dal Tre-Quattrocento, un ethos politico-economico e contemporaneamente etico-civico fortemente propagandato e istituzionale. Benché in passato la storiografia abbia impropriamente distinto la prassi economica e il perfezionamento delle tecniche contabili e finanziarie che caratterizzano questo periodo dal mutamento degli equilibri politici e dall'aumento imponente di testi e discorsi relativi ai giochi di mercato e degli scambi, appare oggi chiaro che l'ascesa sociale di *mercatores*, *campsores* e *bancheriii*, l'assunzione del potere da parte di oligarchie fortemente connotate in termini patrimoniali e specificamente dotate di grandi competenze finanziarie, e l'emersione vistosa di una trattatistica e di una discorsività pubblica dedicata a nominare e risolvere i conflitti prodotti da questa grande trasformazione sono gli aspetti complementari di un mutamento epocale in grado di modificare profondamente le logiche della convivenza e di ricodificare le regole alla base delle relazioni fiduciarie¹⁴. È nell'ambito di questa trasformazione che nascono e si diffondono dalla prima metà del Duecento e prima di tutto in Toscana, le scuole di abaco, gli insegnanti e l'insegnamento, cioè dell'aritmetica e della matematica ritenuti funzionali alla formazione professionale, fin dalla prima adolescenza, di futuri commercianti, contabili ed amministratori locali. L'assunzione nel 1241 da parte del comune di Pisa di Leonardo Pisano, il Fibonacci, come maestro in *abbacandis estimationibus et rationibus* che avviasse i funzionari del comune alle logiche contabili, forse più ancora della stesura del celebre *Liber abaci* da parte di questo appartenente al ceto mercantile toscano nel

¹³ A. Cortonesi, L. Palermo, *La prima espansione economica europea: secoli XI-XV*, Roma, Carocci, 2009; L. Palermo, *Storia del commercio*, Roma-Bari, Laterza, 2014; F. Franceschini *et al.*, *La crescita economica dell'Occidente medievale: un tema storico non ancora esaurito*, Roma, Viella, 2017.

¹⁴ La bibliografia è vasta. Ma cfr. F. Lane, E. Mueller, *Money and Banking in Medieval and Renaissance Venice. I: Coins and Moneys of Account* (1985), J. Hopkins Univ. Press, 2020; J. F. Padgett, P. D. McLean, *Economic Credit in Renaissance Florence*, «The Journal of Modern History» 83, 2011, pp. 1-47; *Cittadinanza e disuguaglianze economiche*, cit.; *Il governo dell'economia. Italia e Penisola Iberica nel basso Medioevo*, a cura di L. Tanzini, S. Tognetti, Roma, Viella, 2014.

1202¹⁵, ci parla chiaramente dell'importanza che, a partire dal XIII secolo, viene ad avere la competenza numerale e contabile per la società cittadina in crescita. Tuttavia, gli studiosi che si sono occupati della diffusione di questa forma del sapere e delle logiche educative e scolastiche che la diffondevano, hanno prestato scarsa attenzione alle ricadute sociali, economiche e giuridiche che la accompagnarono e al rapporto che essa ebbe con la rivoluzione economica di cui si è detto tanto dal punto di vista economico quanto da quello più ampiamente giuridico e antropologico. Benché infatti la disseminazione di una cultura matematica nelle città italiane a forte sviluppo economico fra Due e Quattrocento venga abitualmente presentata come una forma di generale e generica crescita culturale, non può sfuggire che essa fu un fenomeno riguardante ceti socio-economicamente specifici e ben difficilmente identificabili con la maggioranza delle popolazioni cittadine. Si trattò dunque, di conseguenza, di una forma di alfabetizzazione economica fortemente selettiva per quanto atteneva alle competenze che determinava nel momento stesso in cui si affermava e veniva definita, sempre più fra Tre e Quattrocento, come l'attributo e lo strumento culturale indispensabile di chi in effetti componeva lo strato medio-alto delle realtà civiche¹⁶.

Sullo sfondo di questa trasformazione delle dialettiche del potere e dell'economia gradualmente realizzatasi nell'arco di circa tre secoli, fra XII e XIV, e dunque sullo sfondo di una mutazione al tempo stesso delle tecniche economiche, dell'etica sociale e dei modi in cui si manifestava l'egemonia politica, quali furono la condizione e il ruolo degli appartenenti ai gruppi di popolazione urbani e non urbani la cui appartenenza civica risultava incerta, il cui sostentamento non dipendeva o dipendeva solo minimamente dalla rivoluzione commerciale e finanziaria, e la cui partecipazione alla vita politica e istituzionale era nullo o estremamente ristretto¹⁷? Per afferrare questo aspetto

¹⁵ E. Ulivi, *Gli abacisti fiorentini delle famiglie del maestro Luca, Calandri e Micceri e le loro scuole d'abaco, secc. XIV-XVI*, Firenze, Olschki, 2013; G. De Luca, A. Nuovo, F. Piseri, *La formazione del mercante. Scuola, libri e cultura economica a Milano nel Rinascimento*, Milano, Editoriale Delfino, 2021. Cfr. J. Kaye, *Economy and nature in the fourteenth century. Money, market exchange, and the emergence of scientific thought*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998; M.P. Maraghini, *Il fenomeno abachistico a supporto dei cambiamenti socio-economici: Arezzo tra il XIII ed il XVI secolo*, «Pecunia. Revista de la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales Universidad de León» 13, 2011, pp. 23-58.

¹⁶ Cfr. *Estados y mercados financieros en el Occidente cristiano (siglos XIII-XVI)*, Pamplona (XLI Semana de Estudios Medievales, Estella, 15-18 de julio de 2014), 2015; *Social Mobility in Medieval Italy (1100-1500)*, edited by Sandro Carocci and Isabella Lazzarini, Roma, Feltrinelli, 2018. Cfr. M. A. Denzel, J.C. Hocquet, H. Witthöft, (ed. by), *Kaufmannsbücher und Handelspraktiken vom Spätmittelalter bis zum beginnenden 20. Jahrhundert*, Stuttgart, 2002.

¹⁷ Cfr. P. Boglioni, R. Delort, C. Gauvard (ed. by), *Le petit peuple dans l'Occident médiéval: terminologies, perceptions, réalités*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2002; G. Todeschini, *Visibilmente crudeli* cit. ; *Cittadinanza e disuguaglianze economiche*, cit.

del problema, e la questione ad esso connessa della ridefinizione delle regole che definivano l'affidabilità delle persone presenti sui territori che vedevano, in Italia soprattutto, il dispiegamento della nuova società di mercati, occorre soffermarsi brevemente sulla riorganizzazione delle logiche di cittadinanza che accompagnò la trasformazione economico-politica tre-quattrocentesca. Come è noto, ed è stato mostrato dal lavoro di Pietro Costa¹⁸, la nozione di cittadinanza come insieme astratto di doveri/diritti è estranea alla cultura legislativa e giuridica bassomedievale; è però contemporaneamente vero che, fra Due e Quattrocento, non casualmente, nelle città-stato italiane teatro della rivoluzione economica e politica di cui si è detto crebbero le discussioni sul significato della cittadinanza o per essere più precisi dell'essere *cives* di queste città. Al tempo stesso i pareri dei giuristi in materia, fra i più noti e studiati quelli di Bartolo da Sassoferrato e Baldo degli Ubaldi¹⁹, vennero affiancati da una produzione statutaria, ossia legislativa locale che, pur facendo riferimento al dettato dei romanisti e dei canonisti e per il loro tramite ai commenti del Diritto romano in materia, veniva però stabilendo in termini estremamente concreti e puntuali la differenza che doveva intercorrere fra la cittadinanza piena rivelata dal diritto di partecipare attivamente alla vita politica, un diritto che comprendeva quello di essere eletti alle cariche pubbliche, e la cittadinanza ridotta o ristretta di coloro che, per la loro appartenenza socio-economica non potevano godere di questo livello alto della cittadinanza o dell'appartenenza. I pareri dei giuristi, di cui qui si ricorderà solo quello di Bartolo sul carattere imperativo delle decisioni dei governi in materia di appartenenza al corpo civico (*civitas sibi faciat civem*), erano affiancati da disposizioni legislative che, tendenzialmente, come ha scritto di recente Sara Menzinger «legando l'identità di *civis* agli obblighi fiscali» e in particolare alla «colletta come imposta diretta e proporzionale sul patrimonio» facevano dell'«allineamento *civis/collecta/domus* (o *predium*)» un presupposto orientato a indicare come «*cives* i proprietari, o, più rischiosamente, a escludere dai benefici della cittadinanza chi non possieda nulla.»²⁰ In altri

¹⁸ P. Costa, *Civitas: Storia della cittadinanza in Europa. Bd. 1. Dalla civiltà comunale al Settecento*, Roma, Laterza, 1999.

¹⁹ J. Kirshner, "*Civitas sibi faciat civem*": Bartolus of Sassoferrato's Doctrine on the Making of a Citizen, «*Speculum*» vol. 48, 1973, pp. 694-713; *Ibidem*, *Between nature and culture: an opinion of Baldus of Perugia on Venetian citizenship as second nature*, «*Journal of Medieval and Renaissance studies*», vol. 9, 1979, pp. 179-208; *Ibidem*, *Women Married Elsewhere: Gender and Citizenship in Italy*, in A. J. Schutte et al. (ed. by), *Time, space, and women's lives in early modern Europe*, Kirksville 2001, pp. 117-149; *Ibidem*, *Dowry, domicile, and citizenship in late medieval Florence*, in D.S. Peterson et al. (ed. by), *Florence and beyond. Culture, society and politics in Renaissance Italy*, Toronto 2008, pp. 257-270; *Ibidem*, *Pietro d'Ancarano on Citizenship and Intestate Succession in Ferrara*, «*Rivista internazionale di diritto comune*», 32, 2021, pp. 203-233.

²⁰ S. Menzinger, *Diritti di cittadinanza nelle quaestiones giuridiche duecentesche e inizio-trecentesche (I)*, in *Cittadinanza e disuguaglianze economiche*, cit.

termini, come ha mostrato recentemente Massimo Vallerani facendo anche riferimento ai lavori sulla giustizia penale di Mario Sbriccoli, l'appartenenza al corpo civico in senso completo così come il riconoscimento di una affidabilità pubblica presumibilmente indiscussa dipendeva sempre di più, nella fase di oligarchizzazione e di crescita dominativa e culturale dei ceti mercantili e finanziariamente più agguerriti, dalla condivisione tanto di un'identità di gruppo fondata sulla consistenza patrimoniale e fiscale, quanto dalla alfabetizzazione economica e contabile ad essa inerente²¹.

In questa prospettiva e in questo clima il termine *pauperes*, generalmente e tradizionalmente indicativo di coloro che, poiché subalterni, erano stati dichiarati inaffidabili in quanto soggetti minori *quibus imperari potest*, finiva per includere e riassumere gruppi socio-professionali ed economici molto ampi di cui specificamente facevano parte (secondo gli statuti di varie città italiane trecentesche) i lavoratori dipendenti, i condannati da un tribunale, i nemici politici, gli eretici, gli stranieri, e, ovviamente, gli infedeli che, come ebrei e islamici, non potevano godere per definizione di una cittadinanza perfetta²². A ben guardare, però, ora la mancanza di fiducia pubblica nei confronti degli appartenenti a questi gruppi quanto mai variegati e diversi non dipendeva più, come nel Diritto canonico e civile fra XI e primo XIII secolo, dalla loro inadeguatezza civica ossia dalla loro minorità, dal fatto di essere pensati come indegni e ricattabili, ma piuttosto dal fatto che essi non facevano parte delle reti relazionali economiche e politiche egemoniche locali o sovra-locali, sicché dunque si poteva facilmente presumere la loro ignoranza dei fondamenti civici e culturali stabiliti dal sistema relazionale al potere a cominciare da quelli che rimandavano ad una razionalità contabile. L'indegnità civica così come l'inaffidabilità testimoniale non derivavano più soltanto dalla condanna di un giudice o da una condizione di asservimento e di "infamia di fatto" così come era stato precedentemente affermato dal Diritto civile e canonico, ma cominciavano ad essere definite, in termini meno precisi e più contrattabili, da una incapacità economica e da un'ignoranza amministrativa ben rivelate dall'invisibilità fiscale e dall'assenza in ambito familiare e professionale di una personalità giuridica come quella dimostrata dalla tenuta di libri contabili sempre più nettamente prescritta oltre che dalla normativa statutaria, dal dettato dei manuali di mercatura, una tipologia documentaria ancora da indagare a fondo e in vistosa crescita appunto a

²¹ M. Vallerani, *Diritti di cittadinanza nelle quaestiones giuridiche duecentesche (II). Limiti dell'appartenenza e forme di esclusione*, *Ibidem*; Id., *Fiscalità e limiti dell'appartenenza alla città in età comunale*, cit.

²² P. Boglioni, R. Delort, C. Gauvard (ed. by), *Le petit peuple dans l'Occident médiévale*, cit. ; C. Quertier, R. Chilà, N. Pluchot (a cura di), *Arriver en ville: les migrants en milieu urbain au Moyen Âge*, a cura di Paris, Publications de la Sorbonne, 2013.

partire dalla seconda metà del XIII secolo. Il fatto che, come ha ben mostrato di recente Etienne Hubert, riferendosi all'Italia del Duecento, è in questo periodo che «la persona singolare, individuo nel e del comune, diventa un oggetto politico nuovo» da mettere a fuoco e disciplinare, fa sì di conseguenza, come ha ancora scritto Hubert, che divenisse decisivo per chi governava imparare «a conoscere e a riconoscere con certezza tutti i membri del gruppo» definibile come *civitas*²³. Contemporaneamente, quando si trattava di perimetrare quelli che oggi si direbbero i diritti di cittadinanza delle persone, la natura sempre più nettamente computabile della fiducia di cui le persone potevano godere di fronte alle altre e di fronte al governo e alla giustizia, ovvero la crescente identificazione di fiducia e credito nel senso più stretto del termine, chiamava in causa la misura e l'entità del loro indebitamento o anche della loro invisibilità all'interno spazio pubblico del debito e del credito. La competenza civica intesa come comprensione delle regole economiche e partecipazione alla *civitas* intesa quale organismo, Corpo patrimoniale, e dunque la conseguente inclusione nella dimensione fiduciaria che lo caratterizzava, poteva dunque essere valutata considerando, accanto alla posizione fiscale degli individui e delle famiglie, la loro presenza nell'ambito di fondamentali liturgie economiche e civiche come, soprattutto dal XIV secolo, il debito o prestito pubblico²⁴.

L'attivazione di questa forma di finanziamento degli Stati originatasi in Italia fra XIII e XIV secolo e consistente com'è noto in una vendita di titoli nominali garantiti dalle entrate pubbliche che a loro volta garantivano il percepimento da parte dei privati di un interesse periodico, vista l'impossibilità dei governi di restituire il capitale anticipato (ciò che condurrà fra Tre e Quattrocento, a Venezia, Firenze e Genova, alla fondazione dei cosiddetti Monti Comuni ossia di istituzioni in grado di codificare il debito pubbli-

²³ E. Hubert, *Il progetto di una società evidente. Riconoscere le persone e le cose nello spazio politico (XII-XIV secolo)*, in J. Chiffolleau, E. Hubert, R. Mucciarelli (eds by), *La necessità del segreto. Indagini sullo spazio politico nell'Italia medievale ed oltre*, Roma, Viella, 2018, pp. 239-265.

²⁴ C. Lenoble, *Comptabilité, ascèse et christianisme. Note sur la formation et la diffusion d'une culture comptable chrétienne au Moyen Âge*, in T. Pécout (ed. by), *De l'autel à l'écritoire genèse des comptabilités princières en Occident (XII^e-XIV^e siècle)*, Paris 2017, pp. 21-48; L. D. Armstrong, *Usury and public debt in early Renaissance Florence: Lorenzo Ridolfi on the Monte Comune*, Toronto 2003; A. Molho, *Firenze nel Quattrocento. 1: Politica e fiscalità*, Roma, Edizioni di Storia e letteratura, 2006; Ch. Barteleit, *Die Staatsverschuldung in Florenz. Ende des 15. Jahrhunderts. Der Monte Comune 1494-1512*, Berlin, Logos, 2004; J. Miner, *Lest we break faith with our creditors: Public debt and civic culture in fourteenth-century Genoa*, Stanford, Stanford University, 2011; *Ibidem*, *Profit and Patrimony: Property, Markets, and Public Debt in Late Medieval Genoa*, «Business History Review» 94, Spring 2020, pp. 73-94; J. Kirshner, *Privileged risk: the investments of Luchino Visconti in the public debt (monte comune) of Florence*, in *Politiche del credito. Investimento, consumo, solidarietà*, Asti 2004, pp. 32-67; G. Todeschini, *I mercanti e il tempio*, Bologna, il Mulino, 2002, c. 8 § 3 («Commerciare i crediti: il prestito pubblico e l'utile individuale»).

co dandogli la forma di un Ente governativo), quello che sarebbe poi stato chiamato “debito pubblico”, non fu semplicemente come spesso si è ripetuto l’effetto neutro di una rivoluzione economica e l’inizio di un’amministrazione pubblica organizzata a partire da criteri finanziari che prevedevano la partecipazione privata alla gestione della cosa pubblica fino all’acquisizione o all’acquisto di parte delle entrate dello Stato. Oltre a ciò, il decollo istituzionale del debito o prestito pubblico, sia forzoso che volontario, e i dibattiti sulla sua natura usuraria o meno, che ne accompagnarono la diffusione in Italia fra Tre e Quattrocento, furono importanti anche nell’ambito della definizione dei criteri di identificazione dei *cives* e di valutazione della loro affidabilità²⁵. Per afferrare questo aspetto di quella che abitualmente è rappresentata soltanto come una svolta fiscale e amministrativa²⁶, bisogna ricordare in primo luogo che l’acquisto di cartelle del debito pubblico era riservata ai cittadini riconoscibili come tali, ossia individuabili dal punto di vista tributario, in secondo luogo che la partecipazione al debito pubblico richiedeva oltre a una certa disponibilità economica anche una almeno discreta competenza contabile, e infine in terzo luogo che coloro che prestavano denaro agli Stati erano fra loro molto diversi sicché accanto al gruppo dei creditori dello Stato appartenenti a ceti medi ed alti risaltava il gruppo assai ristretto dei creditori che facevano parte delle élites sociali e politiche e che, spesso, poiché godevano di diritti di cittadinanza in differenti città-Stato, potevano acquistare titoli ossia prestare denaro allo Stato in contesti territoriali diversi e lontani l’uno dall’altro²⁷. In altre parole, la cosiddetta invenzione del debito pubblico funzionò anche da meccanismo istituzionale in grado di suddividere la popolazione sulla base della sua identità fiscale, patrimoniale e cetuale²⁸. Di conseguenza la partecipazione al debito pubblico divenne la prova oltre che di una verificabile cittadinanza, di una disponibilità economica e di una riconoscibilità politica identiche alla affidabilità. Chi prestava allo Stato,

²⁵ L. Tanzini, *I forestieri e il debito pubblico di Firenze nel Quattrocento*, «Quaderni storici» 49, 2014, pp. 775-808; R. Lambertini, *Il dibattito medievale sul consolidamento del debito pubblico dei comuni. L'intervento del teologo Gregorio da Rimini (1385)*, Milano, ASSB, 2009; F. Ferrara, *Oligarchie finanziarie tra commercio, banca e debito pubblico. Gli antichi Banchi di Venezia*, in T. Fanfani (a cura di), *Alle origini della banca. Mercanti-banchieri e sviluppo economico*, a cura di, Roma, Bnaccaria Editrice, 2003, pp. 327-388.

²⁶ G. De Luca, A. Moioli, (a cura di), *Debito pubblico e mercati finanziari in Italia. Secoli XIII-XX*, Milano 2007.

²⁷ Cfr. G. Ceccarelli, “*Tutti gli assicuratori sono uguali, ma alcuni sono più uguali degli altri*”. *Cittadinanza e mercato nella Firenze rinascimentale*, in *Cittadinanza e disuguaglianze economiche*, cit.; Kirshner, *Privileged risk: the investments of Luchino Visconti in the public debt (monte comune) of Florence*, cit.; Todeschini, *Finanza e usura: i linguaggi dell’economia pubblica come retoriche della disuguaglianza sociale (XII-XV secolo)*, in *Estados y mercados financieros en el Occidente cristiano*, cit., pp. 83-103.

²⁸ Per un’esposizione più ampia e la bibliografia, cfr. G. Todeschini, *La banca e il ghetto. Una storia italiana*, Roma, Feltrinelli, 2018, Parte II (*La banca secondo natura*), c. 4 (*I corpi e il Corpo*).

se ne fidava ed era riconosciuto al tempo stesso dallo Stato come affidabile. Fu così possibile l'apparizione europea, inizialmente sulla scena degli Stati regionali italiani tre-quattrocenteschi, di figure per dire così di "super-cittadini" in grado di acquistare titoli in Stati diversi, di essere riconosciuti come cittadini a pieno titolo di realtà politiche diverse e di godere dunque di una fiducia sovralocale o sovranazionale direttamente proporzionale a quella che essi riconoscevano agli Stati di cui divenivano finanziatori. Accanto ai *cives* creditori dello Stato e ai *cives* straordinari creditori di più Stati, continuava però ad esistere la massa di coloro che non potevano essere creditori dello Stato poiché non erano *cives* ma semplicemente *habitatores* di città e territori. Queste persone, la cui identità civica era in discussione a causa della loro inesistenza fiscale o della loro indefinibilità giuridica, oppure della loro precarietà economica e civica e quindi del loro analfabetismo economico e contabile, non potevano essere riconosciute come degne di fiducia per mezzo della lente di ingrandimento costituita dal debito pubblico. Tra costoro spiccavano, fra Tre e Cinquecento, stranieri e infedeli, in particolare ebrei, così come *inopes* e *indigentes*, la cui imperfetta cittadinanza o cittadinanza a termine e *sub condicione*, in ogni caso passiva, coincideva con una impossibilità di entrare a far parte del gruppo dei cittadini a pieno titolo coinvolti nel giro d'affari messo in moto dall'istituzione del debito pubblico. Alla fine del Quattrocento la grande ricapitolazione giuridico economica di Konrad Summenhart potrà dunque stabilire come cosa ovvia l'identità esistente fra *cives* e *praestantes vel creditores civitatis*, implicando in questo modo il primato di affidabilità di coloro che finanziando lo Stato e mostrando così di conoscere le regole economiche che lo facevano funzionare si rivelavano degni di una superiore fiducia²⁹.

La dimensione per così dire bancaria della fiducia aveva dunque a che fare, alla fine del medioevo, e specialmente nell'Italia delle grandi compagnie commerciali, tanto con una disponibilità economica in grado di tradursi in forme di finanziamento agli Stati quanto con una competenza, una alfabetizzazione contabile e amministrativa in grado di garantire l'affidabilità economica e giuridica dei cittadini. Un passaggio istituzionale ulteriore di questo processo fu rappresentato nella seconda metà del Quattrocento dalla fondazione dei Monti di Pietà in numerosissime città italiane. Senza volersi ora soffermare sul nesso, forte e importante, che intercorse fra il debito pubblico consolidato, il cosiddetto Monte comune, e la creazione dei Monti di Pietà³⁰,

²⁹ Konrad Summenhart, *De contractibus licitis et illicitis*, Tractatus II, Q. 44, Venezia 1580, p. 183 : « *cives praestantes vocabo cives, vel creditores civitatis, et debitores illorum creditorum vocabo civitatem* ».

³⁰ Cfr. ora la bibliografia e i contributi raccolti in *Credito e Monti di Pietà tra medioevo ed età moderna: Un bilancio storiografico*, a cura di I. Zavattoni e P. Del Corno, Bologna, il Mulino, 2020.

sarà però necessario sottolineare quanto queste nuove istituzioni creditizie destinate a trasformarsi dopo il 1515 in una rete di banche o di casse di risparmio locali direttamente controllate e amministrare dalle élites locali³¹, siano state significative per un'ulteriore definizione della relazione fiduciaria che legava cittadini e poteri pubblici. Come è stato ampiamente dimostrato, i Monti di Pietà erogavano prestiti ai cosiddetti «poveri meno poveri» ossia agli appartenenti ai certi medi indebitati di cui però si potesse prevedere un ritorno alla solvibilità: artigiani e mercanti, agricoltori e negozianti in difficoltà erano quindi i clienti tipici dei Monti. Un altro requisito richiesto per poter fruire di questo tipo di credito era poi costituito dalla cittadinanza, dalla qualifica di *civis*. Ciò che significava un'esclusione dal credito erogato dai Monti di Pietà di tutti coloro che, per ragioni molto diverse, la cattiva fama, la provenienza da altri territori, la religione non cristiana, la povertà estrema, non potevano godere dei diritti di cittadinanza³². Anche in questo caso, al fondo della logica esclusiva stava la certezza istituzionale di una non avvenuta acculturazione economica e contabile di quanti, non *cives*, non avvezzi ad una gestione economica quotidiana, non educati alle regole di una contabilità almeno minimale, non potevano offrire valide garanzie di restituzione all'Ente creditizio ed erano pertanto all'esterno delle reti fiduciarie che esso aveva il compito di definire e di rafforzare.

Alle soglie della modernità, insomma, l'affidabilità civica e politica ma anche la credibilità in sede giuridica erano sempre più determinate dall'appartenenza a reti relazionali fondate su forme di alfabetizzazione economica e contabile intese come funzionali alla partecipazione alla vita finanziaria e fiscale degli Stati e ormai indistinguibili dalla comprensione dei significati della cittadinanza nel senso pieno del termine.

Dal *si non est civis non est homo* di Remigio de' Girolami nel Trecento³³ con i suoi densi riferimenti alla necessaria intelligenza economica di chi era in grado di contribuire al *bonum commune*, fino alla precettistica economica di Leon Battista Alberti con la sua insistenza sulla razionalità economica e contabile come fondamento della *civilitas*³⁴, e oltre, sino al mondo futuro

³¹ Cfr. il caso esemplare di Bologna: M. Carboni, *Il credito disciplinato. Il Monte di pietà di Bologna in età barocca*, Bologna, il Mulino, 2014.

³² *Credito e Monti di Pietà tra medioevo ed età moderna*, cit.

³³ Remigio de' Girolami, *De bono comuni*, IX, in E. Panella, *Dal bene comune al bene del comune. I trattati politici di Remigio de' Girolami nella Firenze dei Bianchi-Neri*, Firenze, Editore Nerbini, 2014, pp. 138-139, E-Theca, <<http://www.e-theca.net/emiliopanella/remigio3/dbc.htm>>, giugno 2024; cfr. Costa, *Civitas* cit.; E. I. Mineo, *Cose in comune e bene comune. L'ideologia della comunità in Italia nel tardo medioevo*, in A. Gamberini, J.P. Genet, A. Zorzi (a cura di), *The languages of the political society. Western Europe, 14th-17th Centuries*, Roma, Viella, 2011, pp. 39-67.

³⁴ Leon Battista Alberti, *I libri della famiglia*, a cura di R. Romano, A. Tenenti, F. Furlan, Torino 1994.

delle riflessioni di John Locke sull'irrazionalità economica dei nativi americani³⁵, è possibile ricostruire lo snodarsi del discorso europeo sulla corrispondenza necessaria fra ragione economica e socialità fiduciaria intesa come presupposto dell'appartenenza civica.

Antonio Genovesi nel 1765 ribadirà l'importanza di questa equivalenza tra le dialettiche economiche della fiducia all'origine di forme della cittadinanza pienamente consapevole e la prosperità o lo sviluppo economico delle città e degli Stati:

Si può dunque dire, che la fede è nei corpi civili quel, che è ne'corpi naturali la forza di coesione, e di reciproca attrazione, senza della quale non si può avere niuna massa ferma e durevole. E di qui si può di leggieri comprendere quanto ad ogni ben regolato corpo politico importi, che non si trascuri nessuna di quelle cose, le quali sono indiritte, e ordinate a mantener viva l'amicizia de' cittadini fra loro, e salva la riverenza delle leggi, del patti, e delle promesse, e quella confidenza, che i membri della società hanno nella virtù, e nella protezione dell'imperio: perciocchè l'amicizia e la mutua confidenza gli fa coraggiosi negli scambievoli soccorsi della vita; e la certezza della protezione gli affida, e gli rende arditi e franchi nel reciproco contrattare; donde nasce e si conserva il gusto del vivere civile, e quindi lo spirito d'industria, che cagionano l'opulenza dello Stato. Quanto ciò sia efficace a mantener l'arti, e ad accrescere il traffico, si può chiaramente conoscere dalla vita de' selvaggi, tra i quali per mancanza di fede niuna confidenza è dell'uno nell' altro, niuna, o poca società, e quasi niuna industria, e commercio fra le diverse loro popolazioni. E quindi è principalmente, che essi sono rozzi, barbari, e poveri³⁶.

³⁵ John Locke, *Two Treatises of Government*, Oxford 1824, II 34, p. 149, II 41, p. 154; cfr. P. Sebastianelli, *Il diritto naturale dell'appropriazione. Ugo Grozio alle origini del pubblico e del privato*, Bologna, I libri di Emil, 2012; G. Todeschini, *Come l'acqua e il sangue. Le origini medievali del pensiero economico*, Roma, Viella, 2021, pp. 183 ss.

³⁶ A. Genovesi, *Lezioni di commercio o sia d'economia civile*, II 10, Bassano, 1769, pp. 113-114.

Vittorio Pelligra

La Rispondenza Fiduciaria

1. *Le virtù della fiducia*

«Il vantaggio che l'umanità deriva dalla capacità di fidarsi penetra ogni fessura ed anfratto della vita». Così scrive John Stuart Mill nei suoi *Principi di economia politica*, concludendo che «l'ambito economico è forse il meno rilevante eppure, anche qui il vantaggio è incalcolabile»¹. Ai nostri giorni anche un premio Nobel come Kenneth Arrow ha sottolineato il ruolo indispensabile della fiducia intesa come “lubrificante del sistema sociale” – la cui assenza sta alla base – continua Arrow – di «gran parte dell'arretratezza economica nel mondo»². Oggi i vantaggi economici di una fiducia diffusa sono calcolabili e sono stati calcolati, con buona pace di Mill. Stephen Knack e Philip Keefer hanno individuato, a livello internazionale, relazioni statisticamente significative tra alti livelli di fiducia e redditi medi più elevati, istituzioni più efficienti, maggiori livelli di istruzione, ed una più forte coesione sociale³. Analogamente Luigi Guiso, Paola Sapienza e Luigi Zingales hanno trovato effetti causali della fiducia sul commercio internazionale⁴ così come sullo sviluppo dei sistemi finanziari nell'ambito dei singoli stati⁵. Yann Algan e Pierre Cahuc, infine, utilizzando dati relativi al 90% della popolazione mondiale, hanno individuato una relazione

¹ J.S. Mill, *Principles of Political Economy*, London, John W. Parker, 1848; tr. it. *Principi di economia politica*, Torino, UTET, 1962, p. 130.

² K. Arrow, *The Limits of Organisations*, New York, Norton, 1974; tr. it. *I limiti dell'organizzazione*, Milano, Il Saggiatore, 1986.

³ S. Knack, P. Keefer, *Does Social Capital Have an Economic Payoff? A Cross-Country Investigation*, «Quarterly Journal of Economics», 112 (4), 1997, p. 1251.

⁴ L. Guiso, P. Sapienza, L. Zingales, *Cultural Biases in Economic Exchange?* «Quarterly Journal of Economics», 124, 2009, p. 1095.

⁵ L. Guiso, P. Sapienza, L. Zingales, *The Role of Social Capital in Financial Development*, «American Economic Review», 94, 2004, p. 526.

positiva tra il livello di fiducia e lo sviluppo economico di numerose nazioni e regioni del mondo⁶.

Eppure, nonostante l'importanza che la fiducia gioca nel funzionamento dei sistemi economici sembra che ci sia ancora poco accordo sul modo in cui essa agisce e sul modo in cui essa si sviluppa nell'ambito delle relazioni interpersonali. Siamo davanti ad uno strano paradosso, ci dice il filosofo Martin Hollis, per il quale «Come il volo del calabrone o la cura per il singhiozzo, la fiducia funziona in pratica ma non in teoria»⁷.

In questo saggio, utilizzando gli strumenti della teoria dei giochi e dell'economia comportamentale, cercheremo di definire le caratteristiche di una interazione fiduciaria, discuteremo le principali spiegazioni di natura economica e presenteremo i risultati di un esperimento progettato per testare il principio di "rispondenza fiduciaria" che crediamo possa contribuire in maniera più accurata delle teorie alternative a dar conto della peculiare natura delle relazioni fiduciarie. Infine, discuteremo le implicazioni istituzionali e organizzative che derivano da tale prospettiva.

2. "Credere" e "fidarsi"

Nella lingua italiana il termine "fiducia" occupa uno spazio semantico affollato. Fidarsi significa, infatti, allo stesso tempo cose molte diverse come "confidare", "avere fiducia", "aver fede", "credere", "dar credito", "contare". Questi usi indicano, spesso, non solo sfumature differenti, ma azioni, atteggiamenti, intenzioni e finalità, radicalmente differenti. Occorre semplificare, dunque, e per questo propongo di distinguere almeno due orientamenti principali: quello del "credere" e quello 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. La tradizione narra che Immanuel Kant fosse così prevedibile nelle sue attività giornaliera che si sarebbe potuto regolare l'orologio in base all'orario delle sue passeggiate quotidiane che egli iniziava alle tre e mezza in punto. In questo caso il fiduciante, colui che regola l'orologio lo può fare perché fa affidamento sulla puntualità del fiduciario. Analogamente un fiduciante può decidere di attraversare un ponte tibetano facendo affidamento sulla solidità

⁶ Y. Algan, P. Cahuc, *Trust and Growth*, «Annual Review of Economics», 5, 2013, p. 521.

⁷ M. Hollis, *Trust within Reason*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.

della sua costruzione e sulla robustezza delle corde che lo sorreggono. Come si vede il fiduciario, colui o ciò, che genera l'atteggiamento fiducioso, in questo caso può essere costituito da una persona o da una cosa, indifferentemente. Oggi il mio vicino di casa ha deciso di uscire senza ombrello perché evidentemente si fida del fatto che non piovcherà. Conoscendo la precisione del mio vicino posso decidere di uscire anche io senza ombrello perché mi fido del suo giudizio. Il punto caratterizzante di queste relazioni di affidamento (*reliance*) è che la parte fiduciaria non è in nessun modo influenzata dal fatto che il fiduciante conti su di lei. Il fiduciario, come abbiamo visto, può essere del tutto ignaro di tale determinazione, come nel caso di Kant o del mio vicino senza ombrello, o può addirittura non essere in grado di percepire tale determinazione, come nel caso di un oggetto inanimato, come il ponte. Il fatto che qualcuno conti su una disposizione ad agire di qualcun altro o su una certa proprietà di un oggetto materiale perché ha sviluppato una determinata credenza non modifica in nessun modo la disposizione di quel qualcuno o le proprietà di quel qualcosa. In questo senso il "credere" è nient'altro che una scommessa, una scelta in condizioni di incertezza o di rischio, nel caso in cui le probabilità associate siano quantificabili e note, e il credere del fiduciante non è altro che la manifestazione del grado soggettivo di confidenza che si ha nella correttezza di tale credenza.

Nel caso del "fidarsi" le cose sono molto differenti. Seguendo l'approccio di Victoria McGeer e Philip Pettit⁸ utilizzerò il termine "fiducia", e il corrispettivo "fidarsi", solamente per indicare che il fiduciante si aspetta che il fiduciario compia l'azione X quando sono soddisfatte le tre seguenti condizioni:

- a) Il fiduciante manifesta il suo affidamento al fiduciario affinché egli o ella faccia X. Il presupposto, cioè, del comportamento del fiduciante è l'affidabilità del comportamento del fiduciario;
- b) Il manifesto affidamento del fiduciante nei confronti del fiduciario rappresenta per il fiduciario una ragione addizionale per comportarsi in maniera affidabile;
- c) La condizione b) agisce nel rinforzare la determinazione del fiduciante a fidarsi del fiduciario.

In questo senso, dunque, un'azione fiduciosa è una scelta da parte del fiduciante che:

- d) presuppone una libera ed esplicita assunzione di vulnerabilità rispetto alla risposta del fiduciario;

⁸ V. McGeer, P. Pettit, *The Empowering Theory of Trust*, in P. Faulkner, T. Simpson (ed. by), *The Philosophy of Trust*, Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 14-34.

e) è motivata dal fatto che tale esplicita assunzione di vulnerabilità rafforza le ragioni del fiduciario per rispondere in maniera affidabile;

In caso contrario se, per esempio, il fiduciante non ha alternative se non quella di rendersi vulnerabile alle scelte del fiduciario, le condizioni descritte in b) e in d) non potranno essere soddisfatte. Quando non c'è una pluralità di alternative non si potrà propriamente parlare di “fidarsi” o di un atto di “fiducia”.

«Dimostrerò un atteggiamento di fiducia – sottolineano a proposito Victoria McGeer e Philip Pettit – proprio nella misura in cui suppongo che il fatto manifesto di riporre la mia fiducia in te peserà su di te come motivo per dimostrarti affidabile [...]. Ed eserciterò un atto di fiducia proprio nella misura in cui agisco in base a tale presupposto o convinzione»⁹.

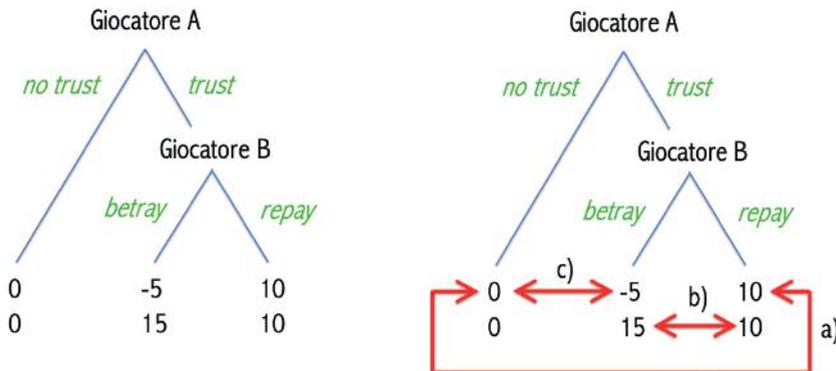
In conclusione, se da una parte posso “credere” che l'automobilista che si avvicina all'incontro deciderà di darmi la precedenza visto che provengo dalla sua destra, e per questo decido di procedere senza fermarmi, dall'altra, diversamente, “mi fiderò” di far accompagnare mio figlio a scuola al papà del suo compagno, confidando che questo mio “affidarmi”, lo renderà ancora più prudente e coscienzioso del solito. Ed è proprio perché sono consapevole di questo meccanismo di rinforzo che il fidarmi di lui diventa più facile.

3. *L'interazione fiduciaria*

Una volta chiariti questi aspetti semantici preliminari è utile descrivere in termini formali la natura delle interazioni nelle quali, strutturalmente, esiste lo spazio per la “fiducia” intesa nel senso di cui sopra. I teorici dei giochi utilizzano a questo fine il cosiddetto «*trust game*», il gioco della fiducia. Questo gioco descrive una interazione sequenziale a due giocatori nella quale il giocatore A, il fiduciante o *trustor*, muove per primo scegliendo tra due alternative “mi fido” (*trust*) e “non mi fido” (*no trust*). Nel caso in cui il *trustor* scelga “*trust*”, la decisione passa al giocatore B, il fiduciario o *trustee*, il quale, a sua volta, potrà optare per la scelta di “tradire” (*betray*) o “ripagare” (*repay*). Il gioco prevede dunque tre possibili esiti derivanti dalle combinazioni delle azioni dei due giocatori: (*trust*, *repay*), (*trust*, *betray*) e (*no trust*). Questi tre esiti hanno, per i due giocatori, preferibilità differenti, che indichiamo attraverso gli esiti, o *payoff*. Questi valori numerici hanno un significato ordinale e, per cui quelli indicati nella figura 1a, sono equivalenti a qualunque altra combinazione numerica che preservi lo stesso ordine di preferenze. In particolare, per il fiduciante l'esito preferito è quello che deriva dalla combinazione (*trust*, *repay*) al quale viene associato un payoff pari a

⁹ Ivi, p 15.

10; viene subito dopo l'esito derivante dalla scelta (*no trust*) cui associa un payoff di 0 e infine, l'esito meno preferito è quello derivante dalla combinazione (*trust, betray*) caratterizzato da un payoff pari a -5 . Per il fiduciario l'ordinamento di preferenze procede in questo senso: (*trust, betray*) con payoff pari a -5 , (*trust, repay*) con payoff pari a 10 e, infine, (*no trust*), cui viene associato un payoff pari a 0 .



a) Il *trust game*: la versione *basic*

b) Il *trust game*: le relazioni definitorie

Figura 1. Il *trust game*.

Il *trust game* descrive una interazione fiduciaria incorporando i tre elementi definitori di tale relazione:

- il “guadagno condizionale”: se la fiducia viene ripagata il giocatore A ottiene un risultato migliore di quello che avrebbe ottenuto se non si fosse fidato ($10 > 0$);
- l’“esposizione”: se la fiducia del giocatore A (*trustor*) viene tradita, cioè il giocatore B sceglie (*betray*), il giocatore A finisce in una posizione peggiore di quella che avrebbe ottenuto se non si fosse fidato ($-5 < 0$);
- la “tentazione”: il giocatore B ottiene un guadagno materiale tradendo la fiducia riposta in lui, scegliendo, cioè, (*betray*) invece che (*repay*) ($15 > 10$).

Nella figura 1b sono descritte le relazioni tra i payoff che definiscono le tre caratteristiche definitorie della relazione fiduciaria¹⁰. L’analisi di questo gioco procede con l’applicazione del concetto di soluzione che va sotto il nome di “equilibrio di Nash perfetto nei sotto-giochi”. L’individuazione di questo

¹⁰ Cfr. V. Pelligra, *I Paradossi della fiducia. Scelte razionali e dinamiche interpersonali*, Bologna, il Mulino, 1997, per una descrizione più approfondita.

equilibrio equivale alla determinazione di quella combinazione di strategie che i giocatori mettono in atto per massimizzare i loro payoff. Le assunzioni che sostengono questa analisi fanno riferimento al fatto che immaginiamo giocatori che siano razionali, abbiano cioè preferenze coerenti e transitive, siano autointeressati, preferiscano valori dei payoff maggiori a quelli inferiori, siano indifferenti ai payoff degli altri giocatori e, infine, che ci sia conoscenza comune della razionalità; ogni giocatore, cioè, sa che l'altro è razionale e che l'altro sa che egli è razionale e così via all'infinito. Per individuare l'equilibrio di Nash si ragiona per «induzione retrospettiva» (*backward induction*) partendo dall'ultimo nodo decisionale e procedendo a ritroso fino al nodo iniziale. In questo caso i nodi sono solo due. Mettendosi nei panni del giocatore B, il giocatore A può anticipare che egli sceglierà “*betray*” per ottenere un payoff pari a 15 invece del payoff di 10 che avrebbe ottenuto optando per la strategia “*repay*”. Mettiamoci ora nei panni del giocatore A. Questi può anticipare il fatto che nel caso in cui dovesse scegliere “*trust*” e lasciare la decisione a B questi, come abbiamo detto, sceglierà “*betray*” determinando un payoff per A pari a -5 . L'unica alternativa a disposizione, dunque, prevede la scelta di “*no trust*” che consentirebbe ad A di ottenere, invece, un payoff pari a 0, maggiore di -5 . Come vediamo nella figura 2, le strategie di equilibrio, rappresentate nel diagramma ad albero dai rami più grossi, sono “*no trust*” per A e “*betray*” per B, che, in combinazione, portano ad un esito al quale è associata la coppia di payoff $(0, 0)$.

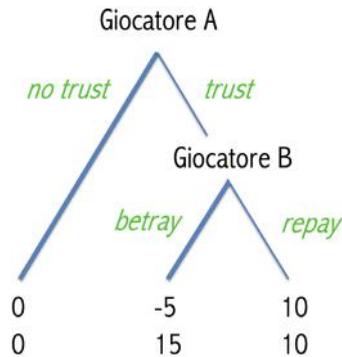


Figura 2. L'equilibrio nel “*trust game*”

Qui emerge un primo aspetto dell'analisi standard del *trust game* che potremmo definire paradossale. Vediamo, infatti, giocatori razionali e autointeressati motivati dalla massimizzazione dei loro payoff che, quando interagiscono in una interazione fiduciaria, finiscono per essere intrappolati in un esito inefficiente $(0, 0)$. Un equilibrio che è dominato rispetto all'esi-

to alternativo nel quale, per esempio, se scegliessero le strategie alternative “*trust*” e “*repay*”, potrebbero ottenere (10, 10).

Quindi l'analisi formale prevede, in un'interazione fiduciaria, l'impossibilità dell'emergere di fiducia e affidabilità. Eppure, tale risultato sembra in forte contraddizione con molte osservazioni che, sia sul piano intuitivo che su quello sperimentale, mostrano la possibilità e la grande diffusione di comportamenti fiduciosi e di risposte affidabili. Nel classico esperimento di Berg, Dickhaut e McCabe¹¹, dove per la prima volta viene esplorato il comportamento di soggetti reali in una situazione simile al *trust game* si evidenzia, per esempio, come in trenta casi su trentadue totali si verificano violazioni rispetto alla previsione teorica. In una successiva replicazione dell'esperimento di Berg e colleghi condotta da Marius Brühlhart e Jean-Claude Usunier¹² si osserva che solo l'11% dei *trustors* e il 20% dei *trustees* si comportano come prevede la teoria. Una teoria piuttosto debole visto lo scarso potere predittivo. Una teoria che «Come il volo del calabrone [...] funziona in pratica ma non in teoria», per riprendere l'evocativa espressione di Martin Hollis. Dal primo esperimento di Joyce Berg e dei suoi colleghi, il comportamento fiduciario è stato studiato in centinaia di altri casi, varianti e situazioni differenti. In una metanalisi portata avanti da Noel Johnson e Alexandra Mislin¹³ si considerano 162 repliche dell'esperimento originale di Berg, Dickhaut e McCabe per un totale di 23.000 osservazioni. Ciò che emerge è che i comportamenti fiduciosi e affidabili, pur essendo teoricamente anomali, rappresentano da un punto di vista empirico la norma piuttosto che l'eccezione. Tutti i dati sembrano puntare nella stessa direzione: gli esseri umani sono disposti a fidarsi e a rispondere in maniera affidabile molto più frequentemente di quanto non suggerisca la teoria economica standard. Sembra, dunque, che ci sia qualcosa da spiegare. Uno sforzo da compiere per cercare di “salvare i fenomeni”, di trovare, cioè, una variante della teoria standard capace di produrre previsioni coerenti con le osservazioni empiriche.

4. Visioni alternative

In questo paragrafo passeremo brevemente in rassegna alcune delle strategie che sono state utilizzate nel recente passato per produrre teorie capaci di generare previsioni coerenti con le osservazioni diffuse su comportamenti

¹¹ J. Berg, J. Dickhaut, K. McCabe, *Trust, Reciprocity, and Social History*. «Games and Economic Behavior», 1995, p. 122.

¹² M. Brühlhart, J.C. Usunier, *Does the trust game measure trust?*, «Economics Letters», 115, 2012, p. 20.

¹³ N. Johnson, A. Mislin, *Trust games: A meta-analysis*, «Journal of Economic Psychology», 32(5), 2011, p. 865.

fiduciari e affidabili. Possiamo individuare tre principali classi di strategie: la prima classe considera la teoria standard e modifica il contesto di applicazione; la seconda strategia parte dalla teoria standard e modifica le funzioni attraverso le quali i soggetti attribuiscono valore ai diversi esiti delle loro azioni mantenendo per il resto ed in particolare per quanto riguarda i concetti di soluzione dei giochi l'impostazione standard; la terza classe fa riferimento a quelle teorie che modificano sia le funzioni di utilità dei giocatori sia i concetti di soluzioni che si utilizzano per cercare di prevedere il loro comportamento. Nel primo ambito ricade la spiegazione che fa leva sulla teoria dei giochi ripetuti e sul concetto di reputazione; nella seconda classe consideriamo le teorie che incorporano i principi di altruismo e di avversione alla disuguaglianza; nella terza classe, invece, inseriamo le teorie che formalizzano il principio di reciprocità.

4.1. *Il ruolo della reputazione*

La strategia più conservativa per cercare di dar conto dell'evidenza empirica relativa all'eccesso di fiducia e affidabilità che si osserva sia in laboratorio che sul campo rispetto a quanto previsto dalla teoria standard fa riferimento al fatto che nella realtà la maggior parte delle interazioni fiduciarie hanno la natura di interazioni ripetute. Tutte quelle relazioni nelle quali è presente un elemento di fiducia, si dice, sono relazioni nelle quali tale fiducia si è consolidata nel tempo attraverso una serie più o meno lunga di interazioni. E quando l'interazione è ripetuta, la logica dell'equilibrio di Nash cambia radicalmente. Quando un gioco è ripetuto, infatti, il ragionamento massimizzante del giocatore non si concentrerà tanto sul singolo payoff derivante da ogni singola interazione, ma sul flusso di payoff che si può generare nell'ambito dell'intera serie di interazioni ripetute. Per questa ragione può essere ottimizzante la scelta di cercare di ottenere singoli payoff più bassi ma costanti nel tempo invece di un payoff molto elevato ma che non si ripeterà. Una delle caratteristiche peculiari dei giochi ripetuti è che questi consentono l'implementazione di strategie condizionali. Strategie cioè che mutano al mutare delle strategie degli altri giocatori. La più semplice di queste strategie «grilletto» (*trigger strategy*), come anche vengono definite, è la strategia “*grim*” che prevede di iniziare con una scelta cooperativa, osservare le scelte dell'avversario e in caso di una mossa cooperativa continuare a cooperare, in caso contrario interrompere la cooperazione da quel momento in poi. Nel caso del *trust game*, il fiduciante dovrebbe cominciare con “*trust*” e continuare così nel caso in cui il fiduciario decidesse di scegliere “*repay*” e invece optare per “*no trust*” nel caso in cui il fiduciario dovesse scegliere “*betray*”. Dati i payoff del gioco in figura 1 in caso di una

combinazione “*trust*” e “*repay*” il fiduciario otterrebbe un payoff pari a 10 per ogni interazione andata a buon fine. Nel caso dovesse optare, invece per “*betray*” otterrebbe un payoff pari a 15, la prima volta, ma da quella ripetizione in avanti, se il fiduciante ha optato per una strategia “*grim*”, otterrebbe, invece, sempre 0, perché dopo il primo “tradimento”, il fiduciante smetterebbe di fidarsi. È possibile dimostrare che se la probabilità che le interazioni continuino è sufficientemente alta, allora sarà razionale per il fiduciario ripagare la fiducia del fiduciante e per quest’ultimo, sarà razionale fidarsi. Nel caso di un gioco ripetuto, dunque, anche la coppia di strategie “*trust*” e “*repay*” rappresenta un equilibrio di Nash perfetto nei sottogiochi. Questa spiegazione ha due implicazioni operative interessanti: la prima riguarda il fatto che per far crescere la fiducia e l’affidabilità occorre facilitare la ripetizione delle interazioni, per esempio, facilitando l’incontro tra gli stessi soggetti nell’ambito di un gruppo non troppo ampio; la seconda implicazione è relativa al ruolo dell’informazione. Un gioco ripetuto è un gioco che vede l’interazione ripetuta sempre tra gli stessi soggetti. Ma le stesse considerazioni si possono fare anche rispetto ad un gioco giocato tra soggetti diversi ai quali, però, venga fornita tutta l’informazione riguardante la storia passata degli altri giocatori. Nelle prime società umane, ne abbiamo tracce fin dalle città mesopotamiche, e poi nell’antica Grecia, in Omero ed Esopo e di lì fino ai nostri giorni, il meccanismo di diffusione di tali informazioni era il pettegolezzo¹⁴. La maggiore diffusione di informazioni sulla reputazione spinge sempre più individui a condizionare il proprio comportamento alla reputazione altrui. Ciò induce gli agenti a comportarsi in modo più cooperativo nei confronti dei “pettegoli” in modo da poter migliorare la loro reputazione. Come conseguenza, il pettegolezzo genera un vantaggio evolutivo per chi lo mette in pratica che porta alla sua proliferazione. Oggi lo stesso meccanismo di diffusione delle informazioni enormemente favorito dal web è quello che sostiene i mercati reputazionali all’interno dei quali si svolge il commercio elettronico, si pensi a realtà come Amazon o AliExpress, o ad altre che supportano le transazioni reali attraverso meccanismi informativi come nel caso di Uber, TripAdvisor, Airbnb solo per fare alcuni esempi.

Il meccanismo reputazionale, dunque, ci aiuta a comprendere molti dei fattori che generano fiducia e affidabilità. Molti ma non tutti. La reputazione, infatti, spiega solo in parte ciò che osserviamo sul campo e nei laboratori. Da una parte, infatti, vediamo molti casi di fiducia e affidabilità anche nell’ambito di interazioni non ripetute e dall’altro osserviamo che anche con

¹⁴ X. Pana, V. Hsiao, D. Nau, M. Gelfand. *Explaining the evolution of gossip*, «Proceeding of the National Academy of Sciences», 121(9), 2024.

la possibilità di ripetizione dell'interazione non sempre queste si trasformano in relazioni di effettiva fiducia¹⁵. La sola modificazione della natura della relazione o la diffusione di informazioni relative alla storia passata dei giocatori non è sufficiente a spiegare in profondità la natura delle relazioni fiduciarie soprattutto per quanto riguarda le motivazioni individuali che le animano e le sostengono.

4.2. *L'altruismo*

Le spiegazioni del comportamento cooperativo (fiducia e affidabilità) basate sui giochi ripetuti e sulla modificazione della struttura degli incentivi, che in questo caso favorisce chi investe nel crearsi una reputazione di affidabilità, non modifica in nessun modo le assunzioni base della teoria standard: razionalità, auto-interesse, e conoscenza comune della razionalità. Una strategia differente viene seguita nell'ambito di quelle teorie che considerano una struttura motivazionale più complessa e che incorporano quindi principi comportamentali *other-regarding*. In questo modo si supera l'assunzione di auto-interesse e si entra nel campo delle cosiddette *social preferences*. Come fa notare il Nobel Herbert Simon, «La teoria economica ha considerato il guadagno economico come la motivazione umana primaria. Una teoria fondata empiricamente assegnerebbe un peso comparabile ad altri motivi, compreso l'altruismo»¹⁶. Un agente altruista vede crescere la propria utilità (*payoff*) al crescere dell'utilità del soggetto con il quale interagisce e vede diminuire la sua utilità al diminuire di quella dell'altro. Nei termini della teoria dei giochi questo implica che i *payoff* dei due giocatori sono interdipendenti. Naturalmente il peso del *payoff* dell'altro giocatore ha un peso inferiore rispetto a quello dell'agente nella determinazione del suo benessere. Indichiamo con α il parametro di sensibilità soggettiva alle considerazioni altruistiche. Se il suo valore è pari a 0 il giocatore è del tutto insensibile e ricadiamo nel caso di un agente puramente auto-interessato; se il valore è pari a 1 il benessere dell'altro vale esattamente quanto quello dell'agente che può essere definito un altruista puro. Ogni altro valore intermedio è possibile tra questi due estremi e varia con la nostra soggettività. Proviamo ora ad immaginare cosa accadrebbe se nel *trust game* il fiduciante e il fiduciario fossero dotati di un certo livello di altruismo, descritto, per esempio, da un α pari a 0.5. Il gioco assumerebbe la forma decritta nella figura 3. I vecchi *payoff*

¹⁵ G. Bolton, E. Katok, A. Ockenfels. *How Effective Are Online Reputation Mechanisms? An Experimental Investigation*, «Management Science», 50(11), 2004, p. 1587.

¹⁶ H. Simon. *Altruism and Economics*. «American Economic Review» 83(2), 1993, pp. 156-161. Cfr. anche T. Bergstrom, O. Stark. *How Altruism Can Prevail in an Evolutionary Environment*, «American Economic Review», 83, 1993, pp. 149-155.

vengono ora riscritti per tener conto delle inclinazioni altruistiche dei giocatori. Un *payoff* pari a 10, quando anche l'altro giocatore ottiene 10, darà luogo ad un valore pari a 15 (il *payoff* dell'altro giocatore si aggiunge a quello del primo non interamente, ma "pesato" dal fattore $\alpha = 0.5$). Un *payoff* di 15, quando l'altro prende -5 diventa pari a 12.5, e così via per tutti gli altri *payoff*. Una volta computata in questo modo la nuova matrice dei *payoff*, il gioco si risolve in maniera semplice utilizzando l'induzione retrospettiva. Il giocatore B preferisce 15 a 12.5 e quindi sceglie "repay", mossa che farebbe ottenere anche al giocatore A un *payoff* pari a 15. A sua volta il giocatore A, anticipando questa possibilità sceglierà la mossa "trust", visto che l'alternativa "no trust" gli farebbe ottenere un *payoff* pari a 0.

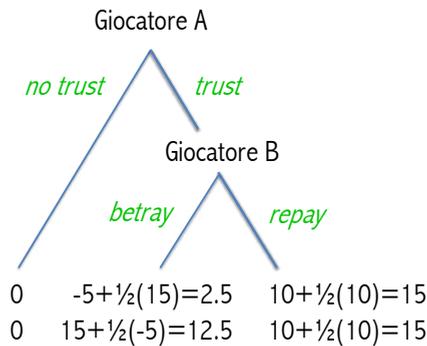


Figura 3. Il "trust game" con giocatori altruisti.

Si può vedere come l'introduzione di considerazioni di natura altruistica può generare previsioni teoriche coerenti con le osservazioni empiriche e sperimentali. Anche se il modello comportamentale osservato nella realtà sembra avere caratteristiche di complessità che non possono essere pienamente colte da questo semplice modello di altruismo.

4.3. Giustizia distributiva e avversione all'iniquità

Il terzo elemento che vorremmo prendere in considerazione fa riferimento al concetto di equità. Innumerevoli esperimenti hanno messo in luce l'esistenza di un "taste for fairness", una preferenza per l'equità, ampiamente diffusa e largamente invariante rispetto a considerazioni di natura soggettiva, culturale e sociale. Tale elemento è stato analizzato e descritto formalmente nell'accezione di "avversione all'iniquità"¹⁷. I modelli che incorporano tale principio

¹⁷ E. Fehr, K.M. Schmidt. *A Theory of Fairness, Competition, and Cooperation*. «Quarterly

descrivono agenti che, nel valutare la desiderabilità di una data azione non considerano solamente l'esito individuale, descritto dal *payoff* oggettivo, ma anche la distribuzione dei guadagni e delle perdite che le loro scelte determinano e che coinvolgono tutti gli altri soggetti con cui essi stanno interagendo. La disuguaglianza rappresenta un costo di natura psicologica che i soggetti cercano di evitare, sia che tale disuguaglianza sia vantaggiosa per il soggetto, sia che essa sia svantaggiosa. Nel caso di due soli giocatori l'utilità del soggetto è data dal suo *payoff* meno la differenza in valore assoluto tra il suo *payoff* e quello del secondo giocatore. In questo modo un giocatore avverso alla disuguaglianza sarà spinto a massimizzare il suo *payoff* e, contemporaneamente, a minimizzare la differenza tra il suo *payoff* e quello degli altri. Anche in questo caso, come nel caso dell'altruismo, il peso delle considerazioni *other-regarding* può variare da soggetto a soggetto ed è sempre maggiore, così assume la teoria, nel caso di disuguaglianza svantaggiosa rispetto alla disuguaglianza vantaggiosa, quando cioè il mio *payoff* è maggiore di quello dell'altro giocatore. Come abbiamo fatto nel caso dell'altruismo, anche ora possiamo riscrivere la matrice dei *payoff* per tener conto dell'effetto dell'avversione alla disuguaglianza. In questo caso l'unico esito cui è associata una distribuzione diseguale è quello determinato dalla coppia di strategie (*trust*, *betray*). In questo caso il giocatore A ottiene -5 e quello B, invece, 15 . La differenza di questi *payoff* è pari a 20 rappresenterà il costo psicologico legato alla disuguaglianza che i due giocatori sperimenterebbero nel caso in cui dovessero, con le loro scelte, determinare quell'esito. Assumiamo anche qui che il parametro di sensibilità soggettiva sia uguale a 0.5 .

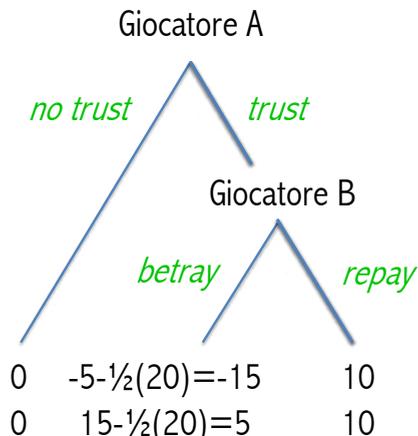


Figura 4. Il “*trust game*” con giocatori avversi alla disuguaglianza.

Ragionando per induzione retrospettiva vediamo che ora, alla luce dei nuovi *payoff*, la scelta più conveniente per B è la scelta “*repay*” perché può ottenere 10 invece di 5. In questo modo il giocatore A otterrebbe 10. Scegliendo “*no trust*” A otterrebbe 0, per cui anche il primo giocatore sarà indotto alla scelta cooperativa. Il nuovo equilibrio del gioco con agenti avversi alla disuguaglianza è (*trust, repay*). Anche in questo caso siamo in grado di dar conto dei comportamenti fiduciosi e affidabili che si osservano normalmente nella vita sociale e che emergono negli studi di laboratorio o sul campo.

4.4. *Intenzioni e reciprocità*

Benché importante, neanche l’aspetto dell’equità esaurisce tutte le ragioni che possono portare all’emergere di comportamenti cooperativi. Il principio di avversione alla disuguaglianza, come quello di altruismo, del resto, è un principio puramente consequenzialista. Ciò significa che ogni azione viene valutata esclusivamente sulla base delle sue conseguenze. Se l’azione A produce la conseguenza α e l’azione B, invece, la conseguenza β , allora A sarà preferita a B se α è preferita a β , oppure l’azione B sarà preferita all’azione A se la conseguenza β è preferita alla conseguenza α e, infine, l’azione A sarà indifferente all’azione B se α è indifferente rispetto a β , come secondo lo schema riportato qui sotto:

$$\alpha > \beta \Rightarrow A > B$$

$$\alpha \sim \beta \Rightarrow A \sim B$$

$$\alpha < \beta \Rightarrow A < B$$

Eppure, sia la nostra esperienza comune che le osservazioni di laboratorio mostrano che spesso gli agenti valutano azioni equivalenti tra loro in termini di conseguenze in maniera differente sulla base delle differenti intenzioni che ad esse possono essere associate. Immaginiamo una situazione nella quale il giocatore A ha una dotazione monetaria di 10 euro e deve decidere quanti darne al giocatore B. Supponiamo che il giocatore A offra 1 euro al giocatore B. È intuizione comune che la gratitudine di B non dipenderà solo dalla somma che A gli offre, ma anche da quanto egli decide di tenere per sé. Per cui se la dotazione di A fosse di 2 euro invece che di 10, la stessa offerta di 1 euro susciterebbe in B un sentimento di gratitudine decisamente maggiore.

Questa differenza nasce perché siamo sensibili non solo alle azioni degli altri ma anche alle intenzioni che le azioni veicolano. Come abbiamo visto nell’esempio precedente la stessa azione può veicolare intenzioni anche molto differenti e, quindi, suscitare reazioni diversificate. Il processo di attribuzione delle intenzioni è importante per comprendere, per esempio, la logica della re-

ciprocità. Per reciprocità si intende la disponibilità di un soggetto A ad incorrere in un costo o in un mancato guadagno materiale per conferire un beneficio ad un soggetto B, se questi si è comportato in maniera “gentile” nei confronti di A. Questa la definizione di reciprocità “positiva”, cui si affianca quella di reciprocità “negativa”, dove la disponibilità a rinunciare a un guadagno o a sopportare un certo costo, è finalizzata a punire un comportamento che viene valutato come scorretto. Sono vari i modelli teorici¹⁸ che incorporano questo concetto e che spiegano comportamenti cooperativi che sfuggono al campo di significatività del modello standard. Il concetto di reciprocità ci dice qualcosa di importante anche rispetto alle relazioni di natura fiduciaria. Immaginiamo due soggetti (A e B) che decidono di cooperare in un progetto innovativo. Il soggetto A inizia a fare degli investimenti che pagheranno solo se anche il soggetto B farà la sua parte. Il soggetto B a questo punto può decidere se fare la sua parte nel progetto congiunto o sfruttare i risultati ottenuti insieme ad A fino a quel momento cambiando progetto in modo da tagliare fuori A. Se A decide di fidarsi e B di ripagare la sua fiducia, potremmo spiegare tale comportamento affermando che B ha reciprocato la gentilezza di A, il quale, fidandosi, lo aveva messo nelle condizioni di ottenere un risultato migliore di quello che avrebbe ottenuto se A non si fosse fidato di lui. Tale gentilezza viene ricompensata da B attraverso la rinuncia alla scelta opportunistica e la preferenza per l'affidabilità. Sulla base di questo ragionamento, la fiducia di A potrebbe fondarsi sull'aspettativa di un comportamento reciprocante da parte di B. Consideriamo la *basic trust game* (Figura 1a). Il giocatore B potrebbe attribuire delle intenzioni gentili alla scelta di A di fidarsi di B, perché fidandosi, A dà a B la possibilità di ottenere un *payoff* pari a 15 o a 10, mentre se non si fosse fidato B avrebbe ottenuto 0. Per rispondere a tale “gentilezza” B può scegliere di rinunciare al *payoff* di 15, perché questo implicherebbe un *payoff* di - 5 per A, e di accontentarsi di 10 attribuendo così 10 anche ad A.

Il ragionamento è corretto e c'è evidenza che supporta tale interpretazione. Eppure, siamo convinti che neanche la reciprocità da sola non sia sufficiente a dar conto della natura dei fenomeni fiduciari, se questi vengono intesi in senso più generale. Essa, infatti, funziona solo nel caso in cui una relazione fiduciaria preveda per entrambi i giocatori la possibilità di un mutuo vantaggio. Ma dobbiamo tener conto del fatto che non tutte le interazioni fiduciarie sono caratterizzate dalla possibilità di un mutuo vantaggio per fiduciante e fiduciario. Esistono, infatti, situazioni nelle quali il fiduciario non ha niente da guadagnare dalla fiducia che viene riposta in lui e perfino situazioni nelle quali il compor-

¹⁸ M. Rabin. *Incorporating Fairness into Game Theory*. «American Economic Review», 83, 1993, pp. 1281-1302. M. Dufwenberg, G. Kirchsteiger. *A Theory of Sequential Reciprocity*, «Games and Economic Behavior» 47, 2004, pp. 268-298. A. Falk, U. Fischbacher. *A Theory of Reciprocity*, «Games and Economic Behavior», 54, 2006, pp. 293-315.

tamento affidabile non solo non determina un guadagno per il fiduciario, ma è associato a un costo. Immaginiamo che ci venga chiesto un favore: il nostro vicino di casa, per esempio, ci chiede di annaffiargli le piante mentre lui è in vacanza, oppure ci viene confidato un segreto e chiesto di mantenerlo, o ancora, uno studente sconosciuto ci manda una e-mail chiedendo indicazioni e consigli di vario genere su come studiare al meglio il corso che voi impartite. In questi casi, non solo io non guadagno niente dal comportarmi in maniera affidabile (innaffiare le piante, mantenere il segreto, fornire indicazioni utili ed esaurienti), ma questi comportamenti possono essere associati ad un costo (il tempo necessario per l'annaffiatura o per rispondere alla mail o ancora la tensione emotiva legata al mantenimento del segreto). Questi sono solo tre semplici esempi di interazioni fiduciarie dove non solo non esiste la possibilità di vantaggio per il fiduciario, ma anzi la sua affidabilità è associata ad un costo. Su questa base abbiamo recentemente condotto un esperimento per testare una delle implicazioni del principio di reciprocità applicato alle relazioni fiduciarie¹⁹. Tale implicazione prevede che all'aumentare del livello di gentilezza attribuita dal giocatore B all'azione fiduciosa del giocatore A, debba aumentare la disponibilità ad una risposta affidabile. Tanto più sei stato gentile con me tanto maggiore sarà la mia disponibilità a reciprocare. Nella figura 5 sono rappresentate tre varianti del *trust game* nelle quali abbiamo manipolato il livello di "gentilezza" che i fiduciari possono attribuire ad una scelta fiduciosa.

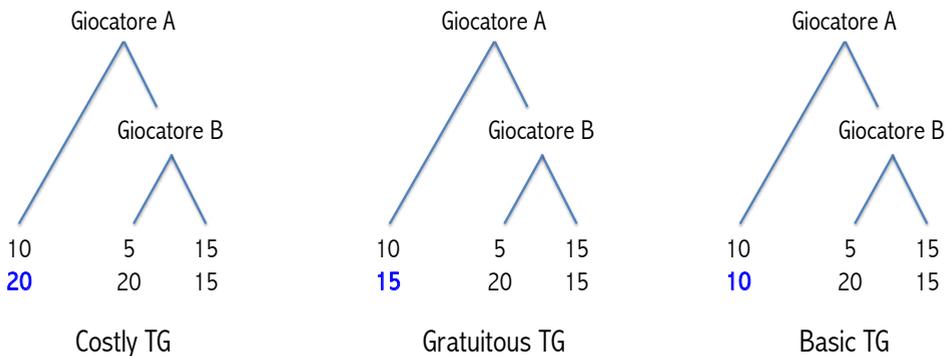


Figura 5. Tre varianti del “*trust game*”: costoso, gratuito e *basic*.

Queste varianti sono ottenute modificando solo uno dei *payoff*, cioè quello che il giocatore B otterrebbe nel caso in cui A non si fidasse di lui. Nel *trust game* “costoso”, questo *payoff* è maggiore di quello che B può ottenere se A

¹⁹ F. Craparotta, V. Pelligra, T. Reggiani. *Trust, Reciprocity and Menu-(in)dependence*, Mimeo, 2024.

si fida di lui e lui o lei risponde positivamente a tale fiducia. Questo significa che fidandosi di B, il giocatore A gli sta imponendo un costo. In questo gioco la gentilezza che B associa alla fiducia di A è negativa. Quindi per il principio di reciprocità negativa B dovrebbe punire A, non rispondendo in maniera affidabile. Nel *trust game* “gratuito” se A si fida di B e lui o lei sceglie di ripagare tale fiducia il giocatore B non ha nulla da guadagnare ma neanche nulla da perdere. Il livello di gentilezza percepibile dunque è nullo. Il *trust game* “basic” è la variante del *trust game* che abbiamo analizzato fin qui nel quale un esito cooperativo produce un vantaggio per entrambi. In questa variante fidarsi è una scelta cui si può associare un livello positivo di gentilezza. Facendo giocare queste tre varianti, in condizioni di anonimato e con incentivi reali, ad un campione di 132 soggetti, divisi casualmente in giocatore A e giocatore B abbiamo ottenuto i risultati mostrati nelle figure 6a e 6b.

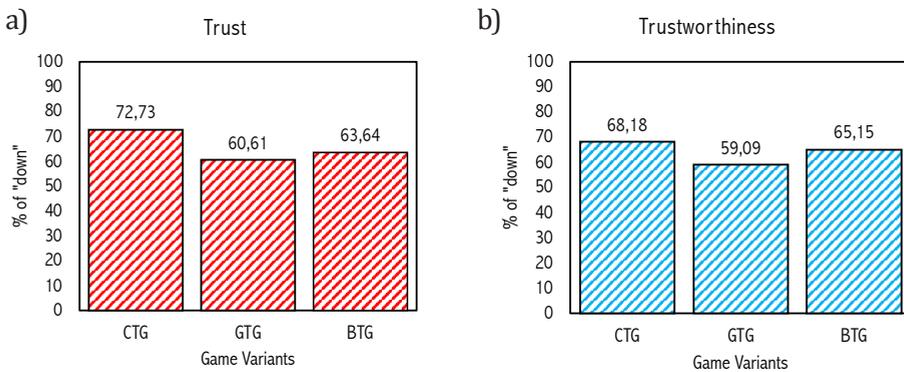


Figura 6. I risultati sperimentali: a) le scelte fiduciose; b) le scelte affidabili.

La figura 6a mostra la percentuale dei giocatori A che hanno optato per la scelta fiduciosa nelle tre varianti del *trust game*, mentre la figura 6b mostra la percentuale delle scelte affidabili dei giocatori B nelle tre versioni del gioco. I risultati possono essere riassunti in questo modo:

- 1) La disponibilità all'affidabilità non cambia in maniera statisticamente significativa al variare della gentilezza associata alla fiducia;
- 2) I fiducianti (giocatori A) anticipano correttamente questo modello di comportamento e si fidano in misura analoga in tutt'e tre le versioni del gioco;
- 3) Da una analisi sul tempo di risposta si evince che la scelta più immediata e quindi presumibilmente più intuitiva è quella di rispondere in maniera affidabile alla fiducia ricevuta.

Possiamo concludere, dunque, che l'affidabilità non sembra essere motivata dal principio di reciprocità positiva. Queste considerazioni ci portano ad affermare che la visione della fiducia quale aspettativa di reciprocità, debba essere intesa come una concezione parziale di ciò che generalmente intendiamo con il termine "fiducia".

5. *La rispondenza fiduciaria*

I risultati sperimentali che abbiamo appena discusso sono coerenti con varie teorie differenti. Per esempio, con quella di Battigalli e Dufwenberg²⁰ basata sull'"avversione al senso di colpa", quella di Ellingsen e Johannesson²¹ fondata sul concetto di "rispetto" e con quella sviluppata da Bacharach²² e Pelligra²³ incentrata sull'idea di fiducia responsiva (*trust responsiveness*). Anche se in modi differenti l'idea di "vulnerabilità attiva" gioca un ruolo cruciale in tutti questi modelli. L'idea cioè che sia l'assunzione volontaria e libera del rischio connesso alla scelta di fidarsi ad attivare o a rafforzare le motivazioni che spingono il fiduciario ad una risposta affidabile.

Secondo il meccanismo della "rispondenza fiduciaria" 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. Mentre abitualmente siamo portati a pensare che sia l'affidabilità nota, provata, sperata, del fiduciario a motivare la fiducia del fiduciante, l'idea di rispondenza fiduciaria inverte il nesso causale e fa discendere l'affidabilità da un atto libero e volontario di fiducia da parte del fiduciante. Uno degli aspetti di originalità di tale prospettiva fa riferimento al fatto che in questa concezione dei rapporti fiduciari è proprio la natura della relazione e non solo le caratteristiche dei singoli protagonisti, a determinare l'esito dell'interazione stessa. Perché l'entrare in relazione, se tale relazione è una vera relazione interumana, modifica di per sé stessa i soggetti che ne sono coinvolti, nelle loro aspettative e di conseguenza nelle loro decisioni.

²⁰ P. Battigalli, M. Dufwenberg. *Guilt in games*. «American Economic Review» 97(2), 2007, pp. 170-176.

²¹ T. Ellingsen, M. Johannesson. *Paying Respect*. «Journal of Economic Perspectives» 21(4), 2007, pp. 135-150.

²² M. Bacharach, G. Guerra, D. Zizzo. *Is Trust Self-Fulfilling? An Experimental Study*. «Theory and Decision» 63, 2007, pp. 349-388.

²³ V. Pelligra, *I Paradossi della Fiducia. Scelte Razionali e Dinamiche Interpersonali*, Bologna, il Mulino, 2007. V. Pelligra. *Trust Responsiveness: On the Dynamics of Fiduciary Interactions*. «Journal of Socio-Economics» 39, 2010, pp. 653-660. V. Pelligra, *Under Trusting Eyes: the Responsive Nature of Trust*, in R. Sugden, B. Gui, (a cura di), *Economics and Social Interaction: Accounting for the Interpersonal Relations*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, pp. 105-124.

L'ipotesi di rispondenza fiduciaria descrive, in questo senso, l'influenza che in un rapporto fiduciario, esercitano sulle decisioni dei soggetti le aspettative circa il comportamento altrui ma anche le aspettative circa le aspettative rispetto a tale comportamento. 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. Nessuno si fida, infatti, se ha la certezza di venire tradito. Tale aspettativa di affidabilità porta con sé un beneficio psicologico, come un "dono" immateriale per il fiduciario, il quale però può godere di tale beneficio, può scartare il "dono" ricevuto, per così dire, solo se decide di corrispondere positivamente all'aspettativa di affidabilità segnalata dalla fiducia ricevuta. In questo senso possiamo considerare una scelta fiduciosa che viene ripagata come una vera e propria "profezia che si autoavvera".

Qui non rilevano tanto le implicazioni teoriche di una tale prospettiva che chiamano in causa l'endogeneità dei *payoff* e lo sviluppo di quella che viene definita "teoria dei giochi psicologici"; ci interessa, piuttosto, esplorare quali sono le conseguenze che una tale visione della natura delle relazioni fiduciarie può generare nell'ambito dell'attività di progettazione organizzativa ed istituzionale.

6. *Le implicazioni operative*

Per comprendere appieno le implicazioni di natura istituzionale legate al cambiamento di prospettiva che emerge nel momento in cui iniziamo a considerare seriamente il principio di rispondenza fiduciaria è utile definire con precisione i contorni della visione alternativa, cioè quella fondata sull'idea di un agente puramente auto-interessato. C'è una lunga tradizione che parte da Machiavelli e arriva fino ai giorni nostri che delinea in maniera pressoché immutata l'approccio che regolatori, legislatori, progettisti istituzionali, in genere, dovrebbero assumere. Machiavelli nei suoi *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio* scrive, per esempio, che «Come dimostrano tutti coloro che ragionano del vivere civile, e come ne è piena di esempi ogni istoria, è necessario a chi dispone una repubblica e ordina 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»²⁴. Il legislatore deve scrivere leggi e governare la repubblica assumendo che tali leggi e tale azione di governo siano indirizzate primariamente verso "uomini rei". Questa impo-

²⁴ N. Machiavelli. *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*. Milano, Rizzoli, 1997.

stazione avrà successo e arriverà praticamente immutata fino a David Hume che nel suo VI saggio su *L'indipendenza del Parlamento* scrive:

Gli autori politici hanno stabilito questa regola che nell'ideare qualsiasi sistema di governo e nel fissare i vari pesi e contrappesi costituzionali, ogni uomo dovrebbe essere considerato un furfante e non avere altro fine in tutte le sue azioni che non il suo interesse privato. Con questo interesse dobbiamo governarlo e, per mezzo di esso, farlo cooperare, nonostante la sua insaziabile avarizia e ambizione, al raggiungimento del bene pubblico²⁵.

Le cose non cambiano molto nei secoli successivi, tant'è che il giudice della Corte Suprema degli Stati Uniti Oliver Wendell Holmes può scrivere in *The Path of the Law*, un saggio che eserciterà una grande influenza sulle generazioni successive di giudici e studiosi, che “Se vuoi conoscere la legge e nient'altro, devi iniziare a considerarla come un uomo cattivo, che si preoccupa solo delle conseguenze materiali che tale conoscenza gli permette di prevedere, non come un uomo buono, che trova le sue ragioni di condotta, sia nell'ambito della legge che al di fuori di essa, nelle più sfumate sanzioni della coscienza”²⁶. Con questo passaggio Holmes segna definitivamente la separazione tra legge e morale. La legge, le regole, gli incentivi più in generale, sono efficaci perché alterando i costi e i benefici associati a determinate azioni, modificano il beneficio netto che ci si può attendere da ciascuna scelta, modificando così la probabilità che ogni agente si comporti in un modo piuttosto che in altro. Ma ciò che più conta, qui, è il fondamento di tale approccio. Una visione negativa dell'essere umano. Il “disonesto” di Machiavelli, il “furfante” di Hume, “l'uomo cattivo” di Holmes. L'economia contemporanea sembra aver imparato molto bene questa lezione. Nel loro manuale di economia delle organizzazioni Paul Milgrom e John Roberts assumono come modello descrittivo quello secondo cui

“istituzioni e pratiche di management sono progettate come se le persone fossero esclusivamente motivate dal loro puro interesse personale e fossero piuttosto abili e totalmente spregiudicate nel perseguire i loro obiettivi. Questo modello del comportamento umano incorpora quel genere di auto-interesse razionale che viene generalmente considerato alla base dei modelli economici standard [...] ma si spinge perfino oltre. Considera infatti la possibilità che le persone siano particolarmente abili nel trovare modi attraverso i quali promuovere i loro interessi e che agiranno in maniera fondamentalmente amorale, ignoreranno le regole, trasgrediranno gli accordi e utilizzeranno la frode, la manipolazione e l'inganno se capiranno che ciò può andare a proprio vantaggio”²⁷.

²⁵ D. Hume. *Essays Moral, Political, Literary*, edited and with a Foreword, Notes, and Glossary by Eugene F. Miller, with an appendix of variant readings from the 1889 edition by T.H. Green and T.H. Grose, revised edition. Indianapolis: Liberty Fund, 1987.

²⁶ O. W. Holmes. *The Path of the Law*. Harvard Law Review, 10(8), 1897, p. 459.

²⁷ P. Milgrom, J. Roberts. *Economics, Organization and Management*, Englewood Cliffs, NJ, Prentice Hall, 1992, p. 42.

La prospettiva generale che emerge dalle citazioni che abbiamo riportato è quella di una visione hobbesiana dell'agente economico, la cui azione è ispirata al massimo guadagno individuale e alla totale indifferenza rispetto alle conseguenze che le proprie azioni possono avere sugli altri. Ne segue, quindi, un approccio normativo e di regolamentazione che, tenendo conto di tale visione, basato sul controllo che avviene attraverso il monitoraggio, il sanzionamento e l'incentivazione.

Quello che dovrebbe apparire chiaro ora, alla luce delle evidenze discusse precedentemente, è che il rischio che tale strategia si dimostri inefficace è particolarmente elevato. Un modello descrittivamente incompleto e inadeguato di agente economico, infatti, non solo rischia di produrre previsioni errate, ma anche di modificare e di plasmare in maniera imprevedibile la realtà che vorrebbe descrivere. Come afferma Robert Gibbons "Una delle possibilità è che i modelli economici che ignorano gli aspetti psicologici e sociali possano essere delle descrizioni incomplete del funzionamento degli incentivi nelle organizzazioni. Una seconda, più allarmante possibilità, è che pratiche di management basate su tali modelli possano danneggiare (e perfino distruggere) realtà non economiche importanti come le motivazioni intrinseche e le relazioni sociali"²⁸. Un approccio, dunque, che non solo rischia di produrre interventi poco efficaci ma, perfino, controproducenti.

Se i soggetti reali differiscono sensibilmente dall'immagine tradizionale dell'*homo oeconomicus* – nel senso che non solo reagiscono a incentivi materiali come quelli che si considerano nei modelli che abbiamo esaminato nella prima parte del capitolo, ma traggono utilità anche da comportamenti *other-regarding* che sono guidati dai principi di altruismo, equità, reciprocità e rispondenza fiduciaria – allora tali elementi dovranno essere incorporati in un sistema di governance più complesso e articolato. Gli schemi di relazione che stanno alla base di regole, contratti, costituzioni e altre forme di strutture di interazione, dovranno essere pensati in modo da essere in grado di attivare i principi comportamentali di cui sopra e di orientare le scelte verso la piena cooperazione.

Con riferimento al solo tema delle interazioni fiduciarie, se prendiamo sul serio la natura responsiva della fiducia e la forza generativa di un atto di fiducia dovremmo ripensare con attenzione e forse mettere in discussione tutti quei meccanismi di controllo e sanzionamento pensati per ridurre al minimo la necessità di fidarsi degli altri, questo perché assieme alla riduzione del rischio dell'opportunismo, tali meccanismi, limitando lo spazio per la fiducia e bloccando il funzionamento della rispondenza fiduciaria, possono generare

²⁸ R. Gibbons. *Incentives in Organizations*. «Journal of Economic Perspectives», 12, 1998, p. 130.

opportunismo là dove vorrebbero, invece, scoraggiarlo. Ricorrere a forme troppo stringenti di monitoraggio e a regole rigide e cogenti, può avere, infatti, l'effetto di bloccare il meccanismo della rispondenza fiduciaria e, in ultima analisi, di incentivare proprio quell'opportunismo che le regole erano intese a scoraggiare. La fiducia, in questo senso, è una questione di "segnali". In una relazione fiduciaria, il fiduciario sa che il fiduciante si sta mettendo volontariamente e coscientemente nelle sue mani. È questo segnale che crea ragioni addizionali per il fiduciario a comportarsi in modo affidabile. Spesso l'assicurazione dal rischio di opportunismo fa sì che tali segnali non possano essere veicolati o che diventino ambigui, depotenziando l'effetto motivante della fiducia ricevuta e riducendo, conseguentemente, la disponibilità del fiduciario all'affidabilità.

Altrove²⁹ ho sviluppato le implicazioni di questa idea per l'attività di progettazione istituzionale mettendo a confronto l'approccio tradizionale che possiamo definire *deviant-centered* – focalizzato sull'evitamento del rischio delle trasgressioni alla norma – con quello *complier-centered*, concepito, invece, per promuovere il rispetto della norma stessa. Non possiamo, per ragioni di spazio, spingerci oltre in questa direzione, basti solo rilevare come le diverse tipologie di regole, incentivi e schemi di relazioni attraverso i quali le comunità indirizzano i comportamenti dei loro membri e attivano le loro risorse motivazionali dovrebbero essere accuratamente strutturate in modo da non provocare effetti controproducenti e di spiazzamento e, più in generale, un'erosione della fiducia e dell'inclinazione alla reciprocità. I rapporti di lavoro, la pubblica amministrazione, la rappresentanza politica, l'attività di consumo e di scambio, l'auto-organizzarsi della società civile, sono solo alcuni dei campi per i quali tali raccomandazioni possono essere rilevanti. Una sfida di non poco conto. Come scrive Samuel Bowles, infatti, la scoperta e la pratica attuazione dei modi «in cui ciò potrebbe essere fatto è una delle sfide maggiori degli studi contemporanei sulle istituzioni e i comportamenti economici»³⁰ (2005, p. 500).

²⁹ V. Pelligra. *Rispondenza fiduciaria: principi e implicazioni per la progettazione istituzionale*. «Stato e Mercato» 2, 2002, p. 335.

³⁰ S. Bowles. *Microeconomics: Behavior, Institutions, and Evolution*. Princeton, Princeton University Press, 2003, p. 500.

Tommaso Greco

È possibile un diritto penale fiduciario?

1. *Alcune premesse*

È indubbiamente poco originale muovere dall'affermazione che, se c'è un campo nel quale diritto e sanzione si identificano (quasi) del tutto, questo è il diritto penale¹. Anzi, sappiamo bene quanto questo ramo del diritto sia considerato l'emblema e offra generalmente la conferma di quanto tutto il diritto sia essenzialmente un fenomeno coattivo, di cui appunto la sua versione penalistica non è altro che la massima e più pura espressione. Il diritto penale come parte per il tutto, insomma; come distillato di ciò che il diritto è, e del modo in cui esso opera.

Questa sovrapposizione si compie dentro una concezione, in base alla quale ciò che il diritto deve fare è mettere innanzi al cittadino, o a chi per lui, le conseguenze negative alle quali andrà incontro, qualora tenesse il comportamento cui quelle conseguenze sono associate. Perché, in ossequio alla cruciale indicazione di Machiavelli, questo è – non innanzitutto, ma essenzialmente – ciò che il diritto è chiamato a fare, e questo è ciò che i legislatori devono tenere presente quando intendono regolare un determinato ambito d'azione. Vale sempre la pena di rileggere le parole nelle quali si esprime il vero fondamento di una visione che si può ben chiamare *machiavellismo giuridico*:

Come dimostrano tutti coloro che ragionano del vivere civile, e come ne è piena di esempi ogni storia, è necessario a chi dispone una repubblica, ed ordina 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; e quando alcuna malignità sta occulta

¹ È forse troppo affermare che il sistema penale rappresenti «il settore dell'ordinamento giuridico caratterizzato dalla minaccia e dall'uso della coercizione» (D. Pulitanò, *Potere, diritto, fiducia*, in Aa.Vv., *Tra principi del diritto penale e teoria del reato*, a cura di A. Gargani, D. Notaro, L. Notaro, S. Riccardi, L. Ricci, A. Savarino, A. Vallini, Pisa University Press, Pisa 2022, p. 57), essendo la coercizione fenomeno tipico di tutto il diritto. Ma indubbiamente, nel sistema penale esso è decisamente più visibile.

un tempo, procede da una occulta cagione, che, per non si essere veduta esperienza del contrario, non si conosce; ma la fa poi scoprire il tempo, il quale dicono essere padre d'ogni verità [...] La quale cosa fa testimonianza a quello che di sopra ho detto, che gli uomini non operarono mai nulla bene, se non per necessità; ma, dove la elezione abonda, e che vi si può usare licenza, si riempie subito ogni cosa di confusione e di disordine (*Discorsi sopra la prima Deca di Tito Livio*, I, 3).

Nessun essere umano è disposto verso il bene «se non per necessità», cioè se non vi è costretto da qualcuno che, con gli strumenti della legge, lo conduca sulla retta via. Dove non vi è costrizione, e «dove la elezione abonda», subito si afferma la licenza e subito si riempie «ogni cosa di confusione e disordine». Più chiaro di così, Machiavelli non potrebbe essere; altrettanto chiara è la tradizione che ne discende e che trova nella celebrazione della legge penale la sua massima espressione e il suo massimo compimento.

È abbastanza ovvio che in una visione di questo tipo la fiducia abbia poco (o nullo) spazio da occupare. Vedere il diritto *esclusivamente* come un braccio che si alza per punirci, o quanto meno per minacciare di punirci, vuol dire trovarsi davanti qualcosa (e qualcuno) che non può, per principio, nutrire alcuna fiducia verso coloro ai quali si rivolge. Quel braccio alzato è lì per ricordarci che non ci si fida di noi e che dobbiamo stare attenti a ciò che facciamo, se non vogliamo pagarne le dure conseguenze.

Una concezione che si fonda evidentemente su una ben precisa visione antropologica e che fonda a sua volta una altrettanto ben precisa filosofia politica – tra i cui campioni figurano Martin Lutero e Thomas Hobbes – che non concepisce alcun possibile ordine sociale se non costruito, garantito e mantenuto attraverso l'azione punitrice della spada.

Si tratta di una visione che possiamo chiamare “sfiduciaria” non solo perché a partire dalla sfiducia e dal timore struttura la relazione tra governo e cittadini, ma anche – e direi principalmente, trattandosi della sua logica premessa – perché concepisce come fondati sulla diffidenza e sul timore reciproco i rapporti tra i cittadini medesimi, i quali sarebbero strutturalmente incapaci di riconoscersi quali soggetti meritevoli di rispetto e proprio per questo avrebbero bisogno di un potere che dall'alto, con azione rigorosamente ‘verticale’, fa sì che essi possano convivere pacificamente: ma appunto, solo grazie a quel potere e a quella verticalità minacciosa.

Siamo sicuri, tuttavia, che questa modalità di pensare il diritto sia la più adeguata a spiegarne la natura e il funzionamento? Ne *La legge della fiducia*² ho provato ad addurre delle ragioni che dovrebbero spingerci a pensare il contrario proponendo di recuperare la dimensione orizzontale dell'esperienza giuridica, fondata primariamente sulla relazionalità e intrisa, quindi,

² T. Greco, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2021.

di una logica fiduciaria. Devo perciò rimandare il lettore a quelle pagine per una analisi più dettagliata di queste ragioni, che muovono in ogni caso dalla messa in discussione di quella antropologia negativa che fonda il paradigma sfiduciario. Quel che qui vorrei tentare, sebbene rapidamente e certo superficialmente, è di applicare il modello fiduciario al diritto penale per provare a verificare se esso ne viene confermato o smentito.

Farò questo tentativo partendo da due premesse. La prima, di carattere soggettivo, è che quelle che seguono sono le considerazioni (che qualcuno considererà un po' ingenua, forse) di uno studioso che non è (e nemmeno si professa) specialista né di diritto penale, né di filosofia del diritto penale. Si deve prendere questo tentativo, quindi, come un modesto contributo ad una riflessione che muove, non dal diritto penale per trarne riflessioni di carattere generale, bensì da una proposta elaborata in un contesto di teoria generale e che prova timidamente di essere messa alla prova anche sul piano del diritto penale. Si tratta per certi versi di una "prova del fuoco".

La seconda premessa, di carattere oggettivo, è invece la seguente. Non si tratta qui di pensare o di proporre un diritto penale *buono* – ammesso che ne possa esistere uno – contro un diritto penale *cattivo* (che sarebbe poi quello 'vero'). Quel che vorrei fare è ragionare sulla possibilità di rileggere il diritto penale da un punto di vista fiduciario, fermandomi sul diritto penale *qual è*, e non *quale dovrebbe essere*. Da questo punto di vista, il discorso che vorrei fare si sottrae (almeno nelle intenzioni) alle accuse di giusmoralismo, tanto facili e tanto pronte non appena si cerchi di fare un discorso sul diritto che introduca elementi nuovi – e magari inconsueti – nell'analisi della realtà. Dunque, se certamente si tratta di elaborare una chiave di lettura idonea «a parlare di ordinamenti buoni o cattivi, dando conto di come sono fatti», e quindi di utilizzare «un linguaggio antiretorico, non edulcorato», va detto che è proprio grazie ad un arricchito strumentario teorico che questa operazione scientifica *descrittiva* può essere meglio portata a termine, guadagnando un criterio di classificazione che, nel momento in cui consente di dar conto di tutta la realtà, permetta al contempo di comprendere le differenze che in essa si annidano.

2. *Il diritto penale sfiduciario*

Vediamo dunque, innanzitutto, di cosa parliamo quando si parla del diritto penale 'sfiduciario'. Si tratta di quel diritto penale – o meglio, di quella visione del diritto penale – che concepisce se stesso esclusivamente come una lunga (e nemmeno troppo tormentata) meditazione sul problema della pena. Esso si concentra cioè sul 'perché', sul 'chi', sul 'come' e sul 'quanto' *punire*.

Sono le domande classiche del diritto penale, sulle quali esiste, lo sappia-

mo, una letteratura sterminata³. Ciò che queste domande ci mettono innanzi è che il diritto penale ha a che fare sostanzialmente con la forza e con il suo uso. Avendo a che fare essenzialmente con sanzioni di tipo afflittivo⁴, esso è investito dal problema della legittimazione dell'intervento punitivo, da una parte, e della necessità di regolarne le modalità, dall'altra parte. Se, dall'alto – dal punto di vista, cioè, di chi punisce – è importante sottolineare le ragioni che sostengono il diritto di punire, dal basso – dal punto di vista di chi subisce o può subire la punizione – è importante invece sottolineare che quel diritto deve essere quanto più possibile organizzato, regolato, mitigato. Il passaggio dalla assoluta prevalenza del primo punto di vista alla (se non prevalenza, quanto meno alla) presa sul serio del secondo, costituisce il passaggio fondamentale della modernità giuridica: da una concezione che vede nel diritto uno strumento della forza a una concezione che vede invece in esso una regola sull'uso della forza. Questo, si dice, è stato di fatto il cammino del garantismo.

Si tratta in ogni caso di una visione del diritto penale totalmente concentrata sulla verticalità della relazione tra il soggetto che punisce (lo Stato) e coloro che vengono puniti (i cittadini). Affermare che il diritto è “regola dell'uso della forza”, come ha fatto una tradizione che va da Kelsen a Bobbio passando per Olivecrona⁵, non è altro che una conferma definitiva del legame essenziale e direi esclusivo che, in una visione coattivista del diritto, quest'ultimo mantiene con la forza⁶.

Da questo punto di vista, lo stato di diritto e il garantismo sono l'altra faccia della medaglia rispetto allo stato assoluto e di polizia. Si tratta di considerare essenzialmente il diritto penale come il luogo cruciale in cui si gioca il rapporto tra diritto e violenza, e di far sì che la violenza con cui il potere vuole garantire l'ordine (il *suo* ordine) venga sempre più regolata e mitigata, in maniera da rendere possibile un ordine sempre più condizionato dalle tutele che il diritto offre al cittadino, piuttosto che dai supporti che offre al potere⁷.

³ Per una sintetica disamina rimando a due agili volumi di G. Fiandaca: *Prima lezione di diritto penale*, Roma-Bari, Laterza, 2017; Id., *Punizione*, Bologna, il Mulino, 2024.

⁴ Su questo aspetto si sofferma Bartoli, *Introduzione al diritto penale tra violenza e costituzionalismo*, Torino, Giappichelli, 2022, in part. Cap. II.

⁵ Cfr. N. Bobbio: *Diritto e forza* (1966), in Id., *Studi per una teoria generale del diritto*, nuova ed. a cura di T. Greco, con introduzione di R. Guastini, Torino, Giappichelli, 2012.

⁶ Il tema è assai vasto. Per quanto di interesse in questa sede rimando agli studi di F. Schauer, *The Force of Law*, Cambridge (Mass.), Harvard University Press, 2015, e di A. Pintore, *Coercizione e diritto*, Milano, Mimesis, 2023.

⁷ Sono le note tesi di L. Ferrajoli: *Diritto e ragione*, Roma-Bari, Laterza, 1990; e più recentemente Id., *Giustizia e politica. Crisi e rifondazione del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 2024. Sul rapporto profondo tra diritto penale e violenza si può leggere il recente studio di R. Bartoli, *Introduzione al diritto penale tra violenza e costituzionalismo*, cit.

Un diritto penale concepito in questa ottica è per forza di cose essenzialmente sfiduciario. Lo è, innanzitutto, se assumiamo il punto di vista di chi dall'alto deve garantire l'ordine: ciò che preme maggiormente a chi sta in alto è predisporre le conseguenze a cui i sudditi/cittadini andranno incontro se decidessero di non fare ciò che sono tenuti a fare. Pensare i cittadini come rei è qui la cosa più naturale, anzi essenziale, perché è esattamente a *quel* cittadino, a colui che sta per compiere o ha già compiuto il reato, che quel diritto si rivolge.

È come se il diritto penale non potesse esistere se non in funzione della sua violazione. E in effetti, questo è ciò che talora autorevolmente si sostiene: l'edificio normativo del diritto penale «si erge *interamente* sul terreno dei fatti costituenti reato e sulle loro conseguenze; esiste in quanto disciplina dei comportamenti (penalmente) illeciti»⁸. In questa ottica, l'adesione dei cittadini alla norma, il suo comportamento conforme appare giuridicamente del tutto irrilevante. «Il diritto penale entra in scena quando è disattesa l'aspettativa che i divieti siano rispettati, non ha altre funzioni regolative; è debitore dell'illecito»⁹. Esso ha un carattere «fisiologicamente patologico». A questo proposito, non trovo un brano più significativo di quello contenuto nel recente – ricco e assai suggestivo –, volume di Fausto Giunta:

L'esistenza e la persistenza del divieto [...] non sono in grado, in sé e per sé, di prevenire il conflitto sociale, né di sanarlo. *La previsione di reato diventa efficace solo quando le sue violazioni vengono accertate, processate e punite*. Con altre parole: la spontanea osservanza del divieto – quale funzione precipua del diritto penale – non assume alcun rilievo giuridico. La giuridicità del “penale” è interamente fondata, invece, sulla violazione del diritto sostanziale, ossia sul fallimento della sua funzione orientativa dei comportamenti. È la serietà con cui viene trattata la patologia del reato, che consente al diritto penale di perseguire, in termini di prevenzione generale, i suoi obiettivi di tutela. In questo senso, la funzione preventiva del diritto penale è interamente debitrice del suo processo di attuazione. Al di fuori di esso, le norme penali sono tigri di carta, prive di effettività¹⁰.

In questa prospettiva è solo il momento punitivo a dar senso al diritto penale, venendo del tutto a cadere (dal punto di vista giuridico) l'interesse della sua effettività *prima* della risposta punitiva. Concentrarsi però esclusivamente sul meccanismo punitivo – cioè sulla risposta che il diritto penale è chiamato a dare alle violazioni dei suoi precetti – ha un doppio effetto sfiduciario. Innanzitutto, dal punto di vista del legislatore, appare naturale che, quando emerge un problema nuovo o se ne aggrava uno vecchio – pensiamo,

⁸ F. Giunta, *L'eccezione come regola nel diritto penale. Metamorfosi di un paradigma*, Milano. La nave di Teseo, 2023, p. 54.

⁹ Ivi, p. 55.

¹⁰ Ivi, p. 57. Corsivo mio.

oggi, alle violenze nelle scuole o negli ospedali, alle lotte tra bande giovanili, agli atti di vandalismo eticamente motivati, alla immigrazione, alle violenze di genere, ecc. – questi vengano affrontati predisponendo un aggravio di pene oppure inventando nuovi reati: è la risposta meccanica di chi concepisce l'ordine sociale come frutto di un potere che minaccia e punisce e che non deve, o non può, mostrare alcuna fiducia nei confronti dei suoi cittadini.

Ma in uno schema così concepito, ancora più ovvia appare la sfiducia che connota il modo in cui i cittadini guardano a coloro che sono investiti del potere di punire. La generale sfiducia che caratterizza i rapporti tra cittadini e potere – dal momento che, come ci insegnano tutti i grandi classici del pensiero politico, e come ancor più ci insegna la triste realtà delle cose, chiunque abbia un potere tende naturalmente ad abusarne –, si concretizza qui in maniera specifica e giuridicamente raffinata: si tratta di contrastare il terribile diritto di punire contro il quale il cittadino inerme non avrebbe altrimenti strumenti di difesa. E questo, a prescindere dal fatto che quel potere si trasformi in una violenza ingiustificata, incontrollata e incontrollabile, come pure è avvenuto ed avviene¹¹. Tutte le cautele sono quindi necessarie e benvenute, e tanto più saremo capaci di inventarne, quanto più saremo vigili nei confronti di chi può abusare del proprio potere, o può anche semplicemente sbagliare nell'esercitarlo. Tornando perciò al discorso suaccennato, possiamo dire che le garanzie del processo penale si fondano su una generale sfiducia nei confronti dei soggetti che si trovano in posizione attiva nella concretizzazione del diritto punitivo.

Se si pensa il diritto penale secondo questa logica, dunque, non si può che presupporre l'altro – l'altro-cittadino, così come l'altro-funzionario della giustizia – come fonte di pericolo, come un essere verso cui mostrare diffidenza. Per dirla sinteticamente, nel diritto penale si celebra la società della paura e della sfiducia¹².

3. *Una diversa lettura del diritto penale*

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

¹¹ Un tema da cui muove il lavoro di R. Cornelli, *La forza di polizia. Uno studio criminologico sulla violenza*, Torino, Giappichelli, 2020.

¹² In questo quadro, preziosi sono i contributi raccolti nel primo «Quaderno di storia del penale e della giustizia», a cura di L. Lacché, e dedicato alla *Paura*: Edizioni Università di Macerata, Macerata 2019, disponibile in rete all'indirizzo <<https://rivisteopen.unimc.it/index.php/qspg/issue/view/106>>.

persino (anzi, verrebbe da dire: *soprattutto*) il diritto penale implica. Se il diritto – *tutto il diritto* – è una struttura ordinativa in base alla quale qualcuno deve (o non deve) fare qualcosa a qualcun altro, cosa c'è di meglio del diritto penale per mostrare l'essenziale dimensione relazionale che è costitutiva della esperienza giuridica? Non è forse proprio questo che il diritto penale cerca, e cioè che si faccia, o meglio, non si faccia qualcosa agli altri? Come è stato chiaramente scritto da un illustre penalista, «prima che al giudice, la legge si rivolge alle persone tenute all'osservanza, alla loro capacità di comprendere le regole del convivere e di tenerne conto nei concreti comportamenti»¹³.

Per quanto il diritto penale sia «verticistico e autoritario», rimane quindi pur sempre vero che «i suoi divieti, presidiati da sanzioni afflittive, operano come regole di condotta per il cittadino, prima ancora che come criteri di giudizio per la giurisdizione»¹⁴. Ce lo dice persino il formato dei codici, i quali «vogliono sembrare alla mano» perché «contengono regole di vita sociale rivolte a tutti. Essi utilizzano il linguaggio comune e aspirano ad essere letti da ogni cittadino, quale che sia la sua formazione culturale e il livello di istruzione»¹⁵. E questo avviene perché «dietro la codificazione c'è l'idea che la funzione regolativa del diritto possa essere favorita dalla preliminare comunicazione delle regole appositamente raccolte e ordinate»¹⁶. Rimane da chiarire il perché queste regole siano comunicate al cittadino, e le ragioni per cui esse si aspettano di valere. È solo per far loro intuire minacciosamente la paura delle durissime sanzioni alle quali andrebbero incontro in caso di violazione, oppure trasmettono (magari indirettamente) il messaggio che, seguendo quelle norme, si rispettano interessi e valori che trovano una personificazione negli altri, verso i quali siamo tenuti a tenere comportamenti non lesivi?

Annulare quest'ultima dimensione vorrebbe dire non solo negare che il diritto penale conti sulla spontanea adesione dei cittadini sul piano fattuale, ma anche e soprattutto che esso cerchi costitutivamente questa adesione, anche sul piano dei valori.

Se quanto si è detto per la pretesa di giustizia (ad es. da parte di Robert Alexy¹⁷), vale anche per la pretesa di effettività, allora è soprattutto il diritto penale che avanza la pretesa di valere effettivamente, in quanto si aspetta che i cittadini ne adempiano le norme. Sarebbe davvero singolare pensare che il diritto penale più efficace sia quello in cui le sue previsioni punitive vengono

¹³ Pulitanò, *Potere, diritto, fiducia*, cit., p. 62.

¹⁴ Giunta, *L'eccezione come regola nel diritto penale*, cit., p. 36.

¹⁵ Ivi, p. 15.

¹⁶ Ivi, p. 16.

¹⁷ Cfr. R. Alexy, *Concetto e validità del diritto*, nuova ed. a cura di M. La Torre, Roma, Carocci, 2022.

costantemente applicate a tutti i consociati: eppure è questo che dovremmo pensare se continuassimo a vedere in esso solo ed esclusivamente un meccanismo punitivo che reagisce alla violazione di norme sostanziali. In altre parole: o il diritto penale è un insieme di precetti che cerca l'adesione dei cittadini, e dunque consiste anche, e direi innanzitutto, in norme che sperano nel (e ottengono generalmente il) riconoscimento adesivo della maggior parte dei consociati, oppure esso è solo una regolazione delle relative sanzioni, e dunque deve considerare come momento massimo della sua realizzazione proprio quello in cui le sanzioni vengono irrogate ai destinatari inadempienti. Scegliere questa seconda strada – che poi è notoriamente quella kelseniana¹⁸ – significherebbe tuttavia relegare nella più completa irrilevanza giuridica i comportamenti conformi al diritto, il che appare controintuitivo in generale, e appare tale al massimo grado, in particolare, rispetto agli obiettivi di prevenzione del diritto penale: come potrebbe avere obiettivi preventivi un diritto il cui scopo unico e dichiarato fosse quello di regolare l'applicazione della pena a coloro che lo violano? Se il suo obiettivo fosse questo, avremmo a che fare con un diritto che viene enunciato con la speranza di essere violato.

Sappiamo che non è così, perché il diritto penale non è solo teoria della pena, ma anche teoria del reato, ed è fatto anche, quindi, di quelle «norme incriminatrici [che] sono prodotto e specchio della ricognizione politica di bisogni di tutela, in parte radicati in strutture elementari ed universali della possibile convivenza fra uomini (non uccidere, non rubare, non usare violenza o frode in danno di altri), in parte legati a variabili storiche, a strutture di potere, a concezioni diverse (anche molto diverse) dell'uomo e del mondo»¹⁹. Meglio di chiunque altro lo ha forse sottolineato Herbert Hart, il maggior teorico del diritto del Novecento, dopo Hans Kelsen: «solo mantenendo la distinzione [...] tra l'obiettivo primario del diritto di incoraggiare o scoraggiare certi tipi di comportamento, e le sue tecniche ausiliarie o riparatrici, possiamo dare un senso alla nozione di reato o trasgressione»²⁰.

Ma se è così – e io credo che non possa non essere così, quando si ha a che fare col diritto – allora la fiducia bussava subito alla nostra porta. Non come elemento aggiuntivo, che si limiti a dare colori caldi o addirittura ad addolcire la brutalità del sistema penale (e del sistema giuridico in genere), ma come elemento costitutivo di un 'meccanismo' che per poter esistere non

¹⁸ Si prenda questo passo tra i tanti: «In quanto intendiamo per diritto la norma giuridica primaria e genuina [che per Kelsen è quella che stabilisce la sanzione: ndr], il diritto è efficace se è applicato dall'organo, se l'organo esegue la sanzione. E l'organo deve applicare il diritto precisamente nel caso in cui il suddito lo "disobbedisce"» (H. Kelsen, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, Milano, Etas, 1984, p. 62).

¹⁹ Pulitanò, *Potere, diritto, fiducia*, cit., p. 60.

²⁰ H.L.A. Hart, *Responsabilità e pena. Saggi di filosofia del diritto*, a cura di M. Jori, Milano, Edizioni di Comunità, 1981, p. 33.

può non far conto sull'affidamento di ogni consociato sia nei confronti degli altri consociati, sia nei confronti dell'ordinamento giuridico e del suo funzionamento. Innanzitutto nei confronti dei primi, chiamati a un mutuo riconoscimento, senza il quale nessuna società sarebbe, non dico possibile, ma nemmeno pensabile (senza che per questo si debba ipotizzare la classica 'società degli angeli'); e poi anche nei confronti del secondo, chiamato a garantire la persona contro chi venga meno al dovere di quel riconoscimento. Non c'è dubbio che sia «fattore di sfiducia [...] l'assenza o insufficienza di tutele che sia ragionevole attendersi» da parte dei consociati²¹; ma sempre come un elemento derivato da quell'altra fiducia, più radicale e basilare, che riguarda gli altri componenti della *societas* (o *communitas*, che dir si voglia).

Affermare che c'è una dimensione orizzontale che riguarda anche il diritto penale vuol dire quindi tornare a guardare quest'ultimo come parte di una giuridicità rettamente e ampiamente intesa; come una parte, cioè, che per quanto connotata da elementi di forte coattività e verticalità, non può comunque fare a meno di rivolgersi *prima di tutto* ai cittadini e ai comportamenti che ciascuno di essi è tenuto a mettere in atto nei confronti degli altri consociati.

Riprendendo una considerazione di Lon Fuller, si potrebbe dire che le due funzioni del diritto – inteso come strumento di costrizione, da un lato, e come coordinatore delle azioni, dall'altro lato – nel diritto penale sono certamente sbilanciate a favore della prima²². Ciò non significa che la seconda sia assente. Anzi, si conferma qui ciò che vale in generale per ogni ramo del diritto: la funzione costringitiva è al servizio di quella cooperativa ed entra in gioco nel momento in cui la seconda fallisce.

4. *Momenti fiduciari nel diritto penale*

Rileggere anche il diritto penale secondo una linea orizzontale vuol dire riscoprire la relazionalità che è intrinseca in ogni momento della sua concreta applicazione e realizzazione. Intrinseca fin dai momenti in cui si è “catturati” dal diritto penale, fino ad arrivare persino ai momenti dell'esecuzione penale. Un dato a mio parere indiscutibile se è vero, come è vero, che «l'umanità che pervade il diritto e il processo penale vive nella persona tanto dell'imputato, quanto del reo»²³. Farò qui di seguito una brevissima e sempli-

²¹ Pulitanò, *Potere, diritto, fiducia*, cit., p. 64.

²² L.L. Fuller, *Law as an Instrument of Social Control and Law as a Facilitation of Human Interaction* (1973), tr. it. in Id., *A cosa serve il diritto? Due scritti*, a cura di A. Porciello, Milano, Mimesis, 2021, pp. 63 ss.

²³ Giunta, *L'eccezione come regola nel diritto penale*, cit., p. 37.

ce rassegna, solo per ricordare quanti siano gli aspetti che meritano di essere attentamente rivalutati alla luce del principio fiduciario.

C'è da considerare innanzitutto il fatto che, a voler prendere sul serio la piramide kelseniana, la lunga catena della giurisdizione non può non concludersi, anziché con l'ennesimo obbligo giuridico fondato sulla possibilità della sanzione, sulla fiducia che l'obbligo di giudicare venga in qualche modo adempiuto da coloro che ne sono i portatori. Non c'è minaccia possibile per chi è collocato alla fine della lunga serie di obblighi: arriva un punto nel quale l'obbligo di applicare le norme non può fondarsi su un rinvio ulteriore dovuto alla presenza della sanzione e deve invece poggiare sulla semplice presenza dell'obbligo medesimo e sulla volontà di adempierlo da parte di chi vi è tenuto. Insomma, bisogna confidare nel fatto che chi deve applicare le norme, lo faccia²⁴.

Ciò detto, anche un'analisi superficiale dei singoli momenti nei quali si svolge la vicenda penale fa emergere che la fiducia ha il suo ruolo, se non altro perché la stretta regolamentazione di ogni singolo atto non può non suscitare l'aspettativa che ciascun operatore faccia le cose nel modo in cui il diritto chiede di farle. Paradossalmente, il diritto penale contiene atti fiduciari proprio perché è consapevole della tragica deriva sfiduciaria alla quale è esposto continuamente. Se «ciò che rende umano il diritto penale è la consapevolezza della sua inumanità», perché «la cattiva coscienza fa miracoli»²⁵, allora possiamo dire anche che ciò che inietta una inevitabile dose di fiducia nel diritto penale è il fatto che esso è il campo in cui si cerca di porre rimedio ad una sfiducia che è massima e che ci chiede continuamente di stare all'erta.

Va riconosciuto, a questo riguardo, che il diritto penale è l'esempio massimo di un modo particolare di atteggiarsi del rapporto tra diritto e fiducia; un modo nel quale la fiducia discende dalla presenza di regole dettagliate e precise. Ne *La legge della fiducia*, riferendomi ad un punto centrale del dibattito sul neocostituzionalismo, e cioè alla distinzione tra regole e principi, ho sostenuto che la fiducia cammina più in compagnia dei principi e delle clausole generali, che non a braccetto delle regole. Ciò a causa del fatto che un sistema di regole strette e puntuali implica una pressoché totale assenza di discrezionalità da parte di chi deve applicarle. È come se colui che pone le norme non volesse correre il «rischio di fidarsi»²⁶ e volesse perciò stabilire dei comportamenti rigidi e uniformi da parte di tutti coloro che sono chia-

²⁴ Cfr. L. Milazzo, *I Problemi fondamentali presi sul serio. Ancora su diritto, morale e scienza giuridica in Kelsen*, «Diacronia. Rivista di storia della filosofia del diritto», n. 1, 2023, pp. 221-243.

²⁵ Ivi, p. 21.

²⁶ È questo il titolo di un piccolo ma essenziale lavoro di S. Natoli, *Il rischio di fidarsi*, Bologna, il Mulino, 2016.

mati ad applicare quelle norme. È solo quando il legislatore può, vuole o è costretto a fidarsi che la norma giuridica si apre, lasciando un margine di discrezionalità a coloro che dovranno applicarla.

Ma se così stanno le cose, come è possibile parlare di fiducia in un contesto normativo nel quale predominano norme tassative e dettagliate, norme che, per usare il linguaggio di Frederick Schauer²⁷, sono trincerate, anzi trinceratissime? Credo lo si possa fare perché, in certi campi e su certe questioni, dove è più facile l'abuso e dove è troppo rischioso affidarsi alle valutazioni di chi esercita un potere, un sistema ben congegnato e ben controllato di regole sia ciò che serve perché nel sistema circoli la fiducia, come alternativa al timore di incorrere in trattamenti ingiusti e/o arbitrari²⁸. Se la singola regola può essere considerata 'sfiduciaria', in quanto dirige minuziosamente il comportamento del soggetto che deve darne applicazione, l'insieme di quelle norme può avere però un esito opposto in quanto rappresenta una difesa contro possibili abusi. È la fiducia sistemica, in questo caso, a prevalere sulla sfiducia che è possibile nutrire in ciascun singolo momento della vicenda giudiziaria.

Va riconosciuto, insomma, che nei confronti del potere abbiamo il "dovere" della diffidenza, come ha notato Anna Pintore²⁹; tuttavia, si deve sottolineare che ciò serve paradossalmente a generare quella fiducia che ci permette di non dover sottostare a poteri arbitrari come se fossimo in balia di qualcuno che, in virtù dell'assenza di regole, può fare di noi ciò che gli piace.

Tutto ciò vale dal momento in cui qualcuno è 'catturato' dal diritto penale come imputato e giunge fino al momento in cui, a seguito della condanna, si trova a scontare la pena in un istituto penitenziario: ciò che il sistema delle garanzie penali deve provvedere a realizzare è esattamente un meccanismo fiduciario, che tanto più arretra quanto più esso dà spazio alla forza e all'arbitrio, anche in virtù di una mancanza o di un aggiramento dei controlli sull'esercizio effettivo del potere punitivo³⁰. In altre parole, un sistema penale

²⁷ Cfr. F. Schauer, *Le regole del gioco. Un'analisi filosofica delle decisioni prese secondo le regole nel diritto e nella vita quotidiana*, Bologna, il Mulino, 2000, in particolare cap. III.

²⁸ Lo ha notato Anna Pintore, nella sua acuta lettura critica de *La legge della fiducia*. Si veda il suo articolo *Il dovere della sfiducia*, «Teoria e storia del diritto privato», 2022, numero speciale "Ombre del diritto", a cura di F. Mancuso e V. Giordano, pp. 1-20, poi ripubblicato in *Diritto e coercizione*, cit., cap. IV. Com'è stato scritto efficacemente da Giunta, «il codice penale, quale raccolta di divieti presidiati dalla pena, è il libro delle eccezioni, il testo nel quale i reati sono previsti espressamente in numero chiuso. Il codice recinta l'area del penalmente sanzionato e circoscrive ciascun divieto affinché sia distinto dagli altri. A differenza del codice civile aborre le clausole generali, per loro natura affette da indeterminatezza, né può essere espanso attraverso l'*analogia legis* o *iuris*. L'interprete non può moltiplicarne i contenuti estrapolando divieti non scritti» (Giunta, *L'eccezione come regola nel diritto penale*, cit., p. 17).

²⁹ Pintore, *Il dovere della sfiducia*, cit.

³⁰ «Sottoposto al controllo di molteplici autorità [...], il sistema penitenziario riesce comunque a proiettare sui documenti ufficiali un'immagine sempre sostanzialmente in linea con le leggi e i rego-

è tanto più ‘fiduciario’ quanto più regola e limita l’esercizio della forza (in questo senso, certamente, «il diritto penale [...] è soprattutto personalismo costituzionale applicato»³¹); ed è, per converso, tanto più sfiduciario quanto più legittima comportamenti incontrollati e irresponsabili da parte di chi detiene la forza e il potere. Allo stesso modo, il principio fiduciario arretra, nel diritto penale, quanto più si affermano in esso «l’ingiustizia o irragionevolezza [delle] norme incriminatrici»³².

Se si legge un brano di Simone Weil, nel quale l’essere oggetto di giudizio penale viene presentato come il massimo della sventura, si può comprendere come un sistema penale che non si voglia manifestare nei modi della violenza e dell’arbitrio abbia come obiettivo proprio quello di evitare una ‘sventura’ simile a quella descritta dalla filosofa francese:

Nulla è più in basso di un essere umano circondato di un’apparente colpevolezza, vera o falsa, che si trovi completamente alla mercé di alcuni uomini che con poche parole decideranno la sua sorte. Essi non gli prestano attenzione. D’altra parte, dal momento in cui un essere umano cade nelle grinfie dell’apparato penale fino al momento in cui ne esce – e i cosiddetti pregiudicati, così come le prostitute, non ne escono quasi mai vivi – non è mai oggetto dell’attenzione altrui. Per svilire quell’essere umano e renderlo uno scarto d’uomo agli occhi di tutti e ai suoi propri, si concentra ogni cosa fin nei minimi dettagli, fin nelle inflessioni della voce. La brutalità e la superficialità, i termini sprezzanti e sarcastici, il modo di rivolgergli la parola, la maniera di ascoltarlo o di non porgergli ascolto, ogni cosa è in pari misura efficace. Tutto questo non deriva da una voluta cattiveria. È l’effetto automatico di una vita professionale che ha come oggetto il crimine percepito sotto forma di sventura, ovvero la forma che mette a nudo l’orrore della corruzione. Un simile, ininterrotto contatto contamina necessariamente, e la contaminazione si trasforma in disprezzo. Quel disprezzo che ricade su ogni imputato. L’apparato penale è come uno strumento di trasmissione che fa ricadere su ciascun imputato tutta quanta la corruzione contenuta nella totalità degli ambienti dove il crimine coabita con la sventura. Nel contatto stesso con l’apparato penale c’è una sorta di orrore che è direttamente proporzionale all’innocenza, a quella parte dell’anima rimasta intatta. Chi è completamente marcio non ne riceve alcun danno e non ne soffre³³.

Un brano come questo può forse farci venire il sospetto che si tratti di una descrizione delle cose così come effettivamente vanno anche oggi, quando ci si trovi “nelle grinfie” (come dice Weil) del sistema penale. E, probabilmente, è proprio questo che spesso succede, considerata la cronica difficoltà

lamenti vigenti. Ciò che è “sorvegliato” è un’immagine fittizia della vita carceraria, non la realtà quotidiana di essa». Quello che scompare sono le violenze, i pestaggi, le manganellate. (C.G. De Vito, *Camosci e girachiavi. Storia del carcere in Italia. 1943-2007*, prefazione di G. Neppi Modona, Roma-Bari, Laterza, 2009, p. XXXVII). E d’altra parte, come nota Bartoli, «la forza del costituzionalismo moderno [sta] anche nell’aver previsto la giustiziabilità della legge e più in generale dell’esercizio del potere punitivo» (*Introduzione al diritto penale tra violenza e costituzionalismo*, cit., p. 82).

³¹ Giunta, *L’eccezione come regola nel diritto penale*, cit., p. 118.

³² Pulitanò, *Potere, diritto, fiducia*, cit., p. 64.

³³ S. Weil, *Attesa di Dio*, Milano, Adelphi, 2008, pp. 114-115.

di ricevere attenzione nel momento in cui ci trovi dentro gli ingranaggi del sistema penale. Ma qui soccorre un argomento che vale in generale per ogni discorso su diritto e fiducia: non è, e non può essere, la delusione concreta e attuale della fiducia a dimostrare che essa non ha a che fare col diritto (penale). Il fatto che essa venga ‘tradita’, e che le azioni vengano messe in atto in violazione di ciò che il diritto richiede, non è un argomento che vale a confutare il fatto essenziale che le norme giuridiche stabiliscono tra i soggetti alcune aspettative che non possono non implicare una dose – più o meno piccola o più o meno grande, a seconda dei casi – di attese fiduciarie. Anzi, è proprio *quando* la fiducia viene delusa, e *perché* viene delusa, che abbiamo la prova *a contrario* del fatto che c’è fiducia anche quando abbiamo a che fare con il diritto penale e con i suoi (più o meno) affidabili protagonisti concreti. Se ad esempio qualcuno pubblica atti coperti dal segreto, in violazione dell’art. 114 cpp, fa certamente cosa che non andava fatta, e lo fa tradendo quella fiducia che ciascun imputato ha nei confronti di un sistema che prevede esplicitamente il divieto di farlo. Ed è responsabilità specifica di chi ha violato quella previsione l’essere venuto meno, ancor prima che ad un precetto sanzionato, all’obbligo di rispettare la persona che da quella norma viene tutelata. Un discorso analogo potrebbe essere fatto per ogni momento del procedimento, nel quale qualcuno, in base ad una norma, è tenuto a fare qualcosa nei confronti di un soggetto che da quella norma riceve una tutela. È questa relazione – una relazione di riconoscimento e rispetto, quindi anche fiduciaria – il cuore della norma, ancor prima e ancor più di quanto non lo sia la previsione sanzionatoria posta a presidio dell’efficacia della norma medesima. Se si parte da questo rovesciamento di prospettiva e di lettura, non è difficile individuare i vari profili fiduciarie presenti nel diritto penale, come in qualsiasi altro ramo del diritto.

Profili ai quali è da aggiungere, sul piano generale, la fiducia istituzionale «dei consociati nella tenuta della legalità», e sul piano particolare, «l’attesa di non subire una risposta sovradimensionata rispetto alla colpevolezza per il fatto oggetto del giudizio»³⁴. Tutto questo si sostanzia nella necessità che le regole siano il più possibile chiare e precise, in stretta osservanza del principio di legalità, e in particolare del principio di tassatività della fattispecie penale³⁵. «Alla base della legalità – ha scritto ancora Fausto Giunta – [c’è] una certa fiducia nella capacità esplicativa della lettera della legge»³⁶.

³⁴ Pulitanò, *Potere, diritto, fiducia*, cit., p. 73.

³⁵ «La testualità del diritto penale non è composta di materiali semantici qualsiasi. Gli enunciati normativi devono essere in grado di comunicare al cittadino l’ambito del divieto. Perseguire con successo questo obiettivo è compito precipuo del legislatore, cui spetta la formulazione del testo che “de-scrive” il fatto punito» (Giunta, *L’eccezione come regola nel diritto penale*, cit., p. 39).

³⁶ Ivi, p. 51.

5. Verso un diritto penale fiduciario

Vorrei trarre qualche rapida conclusione da questa rapsodica disamina degli aspetti fiduciari presenti nel diritto penale. Non senza aver di nuovo ribadito, a scanso di equivoci, che sottolineare la presenza *qui e ora* di questi aspetti *non è e non vuole essere* una moralistica perorazione a favore di un diritto penale ‘mite’ o buono. È, semplicemente, la presa d’atto che 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.

Una constatazione come questa permette tuttavia di fare un passo in avanti. Così come la sovrapposizione tra diritto penale e pena conduce facilmente a cercare nella risposta punitiva la soluzione ad ogni emergenza sociale (o anche, assai spesso, ad esigenze di visibilità politica, come avviene nella stagione del populismo penale³⁷), l’accentuazione del momento fiduciario può condurre ad una sua presa sul serio anche in prospettiva normativa. Se il momento fiduciario c’è, e lo vediamo, se esso ha una funzione che riteniamo importante, perché non valorizzarlo per quanto possibile? Perché – stavolta sì, non descrittivamente ma prescrittivamente – non lavorare nella direzione di un diritto penale fiduciario, cioè più disponibile a concedere spazio alla fiducia nel momento in cui è chiamato a intervenire?

I segnali interessanti in questa direzione non mancano, e anche in questo caso ci si può solo limitare a fare un elenco. Si pensi alle riflessioni sul ‘diritto penale minimo’³⁸; alle misure alternative, pur nella loro problematicità; alle sperimentazioni di cui sono stati protagonisti alcuni istituti penitenziari³⁹; ai percorsi della mediazione penale e di giustizia riparativa, nei quali si realizza l’ambizioso tentativo di rispondere al male non con altro male ma con una dose di bene, impresa che è possibile (e prima ancora pensabile) solo grazie ad una cospicua dose di fiducia reciproca tra i protagonisti del percorso⁴⁰.

³⁷ Segnalo su questo tema di estrema attualità il lavoro di uno studioso capace di muoversi brillantemente tra diritto penale e teoria del diritto: A. Nava Tovar, *Populismo punitivo. Critica del discorso penal moderno*, Instituto Nacional de Ciencias Penales, Ciudad de México-Lima, Zela Grupo Editorial, 2021.

³⁸ Cfr. U. Curi-G. Palombarini (a cura di), *Diritto penale minimo*, Roma, Donzelli, 2002.

³⁹ Cfr. ad es. K. Bedi, *La coscienza di sé. Le carceri trasformate, il crollo della recidiva*, Milano, Giuffrè, 2001, di cui parla F. Stella, *La giustizia e le ingiustizie*, Bologna, il Mulino, 2006, pp. 196-197. E cfr. anche S. Buccoliero, S. Uccello, *Senza sbarre. Storia di un carcere aperto*, Torino, Einaudi, 2022.

⁴⁰ Su questo punto specifico mi limito a rinviare ai volumi recentissimi nei quali è stata attentamente e dettagliatamente fatta l’analisi della Riforma Cartabia: *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, Torino, Giappichelli, 2024; V. Bonini (a cura di), *La giustizia riparativa*, Torino, Giappichelli, 2024; M. Bouchard-F. Fiorentin, *La giustizia riparativa*, Milano, Giuffrè, 2024. Da aggiungere, per un inquadramento, G. Mannozi-G. Lodigiani (a cura di), *Giustizia riparativa*, Bologna, il Mulino,

Possiamo, così, concludere con una notazione, che regge le scarse considerazioni che si sono fatte fin qui. Far emergere il lato fiduciario (persino) del diritto penale è, come sempre, non un modo per dare una visione idealizzata del diritto, magari con lo scopo di legittimarlo agli occhi dei consociati, ma una via per rendere esplicite le responsabilità di cui i vari soggetti sono titolari in ogni fase, in ogni momento, della vicenda penale (e giuridica in genere). Mettere in gioco il modello fiduciario, nel suo confronto/scontro con quello sfiduciario, non è affatto, quindi, una maniera per venir meno alla scientificità e descrittività del discorso scientifico, magari per nascondere i pericoli del Leviatano, ignorando la sua natura “cattiva”, per non dire le sue ricorrenti tentazioni autoritarie e totalitarie. È, invece, un modo per far emergere più precisamente tutti questi rischi, svelandone l’origine: perché è proprio quando riscopriamo che nel diritto c’è un lato fiduciario che possiamo meglio rilevare la sua tendenza a verticalizzarsi, e la sua ricorrente tentazione ad accentuare il lato della punizione e della violenza (come avviene nelle manifestazioni del populismo penale, dalla sua celebrazione in forma legislativa alla sua applicazione penitenziaria). Quanto più riduciamo il diritto al suo lato ‘cattivo’, in altre parole, leggendo in questa luce tutti i suoi aspetti, tanto più sarà facile, per coloro che di quella versione sono i paladini, far accettare l’‘incattivimento’ della sua funzione e delle sue manifestazioni concrete. È quando riduciamo il diritto penale ai suoi lati minacciosi e punitivi, per dirla diversamente, che finisce il suo essere “eccezione” e comincia il suo diventare regola dell’ordine sociale.

Solo se saremo in grado di riconoscere, di far emergere e di valorizzare gli aspetti fiduciari che ogni momento giuridico contiene necessariamente potremo, quindi, percepire (e magari protestare contro) i movimenti, spesso lievi ma decisivi, del diritto verso un aumento dell’uso della forza, della coercizione, della violenza.

A ciascuno la propria responsabilità, dunque, e innanzitutto alla scienza giuridica la responsabilità che gli compete. Quella di dare una visione completa del diritto, che ne faccia emergere tutti gli aspetti, positivi e negativi, luminosi e tenebrosi, fiduciari e sfiduciari. 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. E questa idea dipende anche, se non in gran parte, dagli assunti della scienza giuridica, da ciò che la scienza giuridica dice su cosa sia il diritto e su come esso funzioni, su ciò che esso implica una volta che sia stato stabilito. Se è indubbiamente vero che

«i giuristi di mestiere – nonostante i fiumi di inchiostro via via versati – non hanno [...] realizzato vere rivoluzioni rispetto ai principali modi di concepire senso e finalità del punire ereditati sin dalla filosofia antica»⁴¹, è però vero che la sfida si rinnova di volta in volta e che è compito specifico della scienza giuridica odierna cercare di rinnovare i propri strumenti teorici anche per poter dare un contributo positivo (e fiduciario) sul piano della realizzazione pratica.

⁴¹ Fiandaca, *Punizione*, cit., p. 71.

Grazia Mannozi

Quadri giuridico-linguistici della fiducia: il *logos*, le norme, il sistema penale

Abbiamo bisogno di adottare o riscoprire parole che siano adeguate alla realtà e che al contempo ci consentano di fuoriuscire dall'*apocalisse* verso la *genesì*¹.

(I. Dionigi)

0. Introduzione

Mettere a tema la fiducia in ambito giuridico-penale richiede una riflessione multidisciplinare, poiché la fiducia ha una dimensione *statica* – costituita dai formanti e dalle peculiarità della lingua giuridica – e una dimensione *dinamica*, che si proietta nella tipizzazione delle fattispecie incriminatrici e nella funzione politico-criminale del sistema penale.

Sulla base di tale duplice assunto, verranno proposti quattro “quadri” della fiducia: il primo, dedicato alla *centralità* della parola in ambito giuridico²; il secondo, volto ad illustrare la *funzione* della parola giuridica; il terzo, incentrato sulle *origini* arcaiche delle parole per dire la “fiducia”; e, infine, il quarto, contenente una ricognizione del possibile *ruolo della fiducia* nell’ambito del sistema penale.

¹ I. Dionigi, *Benedetta parola. La rivincita del tempo*, Bologna, il Mulino, 2022.

² N. Irti, *Riconoscersi nella parola*, Bologna, il Mulino, 2020, p. 81.

1. Primo quadro: la centralità della parola

Per parlare di fiducia in relazione al *logos* occorre partire da un postulato e da una osservazione empirica, che è dire da un *assioma* e da una *condizione di realtà*.

1.1. L'assioma

L'assioma è costituito dalla centralità indiscussa della *parola*³ non soltanto per l'essere in relazione degli uomini⁴ ma anche per il diritto⁵. Il diritto, infatti, è una *modalità regolativa* delle relazioni interindividuali e sociali⁶ che si attua attraverso descrizioni e narrazioni sia linguistiche che iconografiche, spesso a forte valenza simbolica⁷.

Le parole sono i “mattoni” del nostro pensiero⁸ – essendo capaci di definire noi stessi, descrivere il mondo e metterci in condizione di comunicare con gli altri⁹ – e dunque sono anche l'elemento costitutivo e «l'area del giuridicamente pensabile»¹⁰. Il diritto parla attraverso parole comuni e tecnicismi¹¹, ricorre a metafore¹² e al linguaggio per immagini: basti pensare, rispetto a quest'ultimo profilo, alla densità simbolica presente nelle allegorie della giustizia stratificatesi nel tempo¹³.

³ Dionigi, *Benedetta parola*, cit., pp. 107-114 e pp. 151 ss.

⁴ Da ultimo, V. Gheno, *Grammamanti. Immaginare futuri con le parole*, Torino, Einaudi 2024, *passim* (ma v., ad esempio, pp. 10 s. e p. 31 sulla relazione tra parola e tempo).

⁵ W. Probert, *Law, Language and Communication*, Springfield, C.C. Thomas Publisher, 1972, p. 59.

⁶ Imprescindibile il rinvio a T. Greco, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2021, p. VII, al quale si rinvia per un'analisi approfondita su fiducia e radici del diritto. Quanto affermato nel testo vale a maggior ragione per il diritto penale, ove meritevole di sanzione «è solo una condotta da disapprovare dal punto di vista etico-sociale, perché idonea a porre in pericolo o a danneggiare le relazioni sociali all'interno della comunità giuridica». Così C. E. Paliero, *Il Mercato della Penalità*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 7.

⁷ Sulla valenza del simbolo, v. R. Panikkar, *L'arte del simbolo*, a cura di M. Carrara Pavan, Milano, Jaca Book, 2020.

⁸ Chomsky e Moro sottolineano la corrispondenza tra struttura neurobiologica del cervello e sintassi. N. Chomsky, A. Moro, *I segreti delle parole*, Milano, La nave di Teseo, 2022, pp. 113 s.

⁹ V. Gheno, *Potere alle parole. Perché usarle al meglio*, Torino, Einaudi, 2019.

¹⁰ F. Cordero, *Riti e sapienza del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1981, p. 49.

¹¹ H.E.S. Mattila, *Comparative Legal Linguistics*, Aldershot, Ashgate, 2006, p. 98.

¹² Cfr. F. Galgano, *Le insidie del linguaggio giuridico. Saggio sulle metafore nel diritto*, Bologna, il Mulino, 2010.

¹³ Si indicano, tra le opere di riferimento nella letteratura scientifica italiana, A. Prospero, *Giustizia bendata. Percorsi storici di un'immagine*, Torino, Einaudi, 2008; M. Sbriccoli, *La benda della giustizia. Iconografia, diritto e leggi penali dal medioevo all'età moderna*, in AA. VV., *Ordo Iuris. Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 2003. Per una riflessione sull'evoluzione dell'iconografia della giustizia alla luce della giustizia riparativa v. U. Curi, *Senza bilancia. La giustizia riparativa forgia una nuova immagine della giustizia*, in G. Mannozi, G.A. Lodigiani (a

La legge è esposizione narrativa di diritti, facoltà, doveri, regole, istruzioni, precetti, tipi sanzionatori e procedure. Nella materia penale, in particolare, la norma incriminatrice è strutturata come una *microstoria* che descrive una condotta (attiva, omissiva, di danno, di pericolo, ecc.) corredata dalla minaccia di una sanzione. Componente *precettiva* e componente *sanzionatoria* sono gli elementi essenziali e imprescindibili di tutte le norme penali incriminatrici, anche quando la sanzione non è immediatamente esplicitata all'interno della fattispecie ma si desume per il tramite di clausole di rinvio.

Anche il processo – che attualizza le norme penali e rende giustiziabili diritti lesi, offese subite, lesioni di beni giuridici – si svolge attraverso un *ritualismo* che si fonda *ab origine* sulla *parola*¹⁴. Si pensi, solo per fare un esempio, alle *legis actiones* del diritto romano, ove il performativo linguistico si staglia con tutta evidenza. Non sono la ragione o il torto a decidere la vittoria o la soccombenza bensì la capacità di recitare senza errori la formula giuridico-sacrale¹⁵.

Processo inquisitorio e processo accusatorio non possono fare a meno delle parole. L'oralità è centrale nel processo ove la prova si forma nel contraddittorio tra le parti. Ancora: è la parola a concludere, con la lettura del dispositivo, la vicenda processuale. Parola che diventa performativo linguistico pieno nella forma della sentenza.

In definitiva, la parola della legge fissa assetti, detta regole, stabilisce limiti, prescrive, vieta, comanda, impone, costringe, facoltizza, consente. La sua potenza è nella *forza* che, a monte, la sostiene, prima ancora che nella capacità di persuasione che possiede. Con la medesima forza – che deriva dal contratto sociale – la legge segue i cambiamenti sociali e, di conseguenza, adatta e trasforma se stessa.

Ciò si percepisce immediatamente a livello normativo, per il succedersi continuo di modifiche e riforme legislative, indipendentemente dal fatto che

cura di), *Giustizia riparativa. Ricostruire legami, ricostruire persone*, Bologna, il Mulino, 2015, pp. 33-43. Sono ormai un classico, nella letteratura straniera, le opere di: S.Y. Edgerton, *Icons of Justice*, «Past & Present», 1980, pp. 23-28; O.R. Kissel, *Die Iustitia. Reflexionen über ein Symbol und seine Darstellung in der bildenden Kunst*, München, C.H. Beck, 1984, pp. 104-107; W. Schild, *Zur Ikonologie des Jüngsten Gerichts*, in L. Carlen (a cura di), *Forschungen zur Rechtsarchäologie*, vol. 10, Zurigo, Schulthess, 1988; C.N. Robert, *Une allégorie parfaite. La Justice, vertu courtisane et bourreau*, Ginevra, Georg, 1993; R. Jacob, *Images de la Justice. Essai sur l'iconographie judiciaire du Moyen Age à l'âge classique*, Parigi, Le Léopard d'Or, 1994, p. 256 ss.

¹⁴ A. Garapon, *Bien Juger. Essai sur le rituel judiciaire*, Odile Jacob, Paris, 2001, trad. it. di D. Bifulco, *Del giudicare. Saggio sul rituale giudiziario*, Milano, Cortina, 2007.

¹⁵ Osserva Bettini: «Le *legis actiones* consistevano dunque in espressioni non modificabili (*certas*), la cui enunciazione aveva carattere *ritualizzato*, tale cioè da rendere obbligatorio, al momento della pronuncia, l'utilizzo delle stesse parole nello stesso ordine, secondo uno schema prescritto». M. Bettini, *Roma città della parola*, Torino, Einaudi, 2022, p. 94.

traccino percorsi evolutivi o virtuosi oppure, al contrario, che provochino dinamiche regressive¹⁶, irrazionali¹⁷, inefficienti¹⁸ e persino illiberali.

Prima ancora che a livello dei precetti e delle regole, la trasformazione della legge si coglie a livello *linguistico*: le parole del diritto subiscono processi trasformativi che vanno dalla *nascita di nuovi termini* alla *dismissione* di altri. Tra i fenomeni sopra menzionati si stende una lingua di terra, tanto sottile quanto affascinante: quella ove si colloca il fenomeno della *risemantizzazione* delle parole, le quali, nella invarianza del *significante*, finiscono con l'acquisire nuove coloriture semantiche¹⁹.

Infine, le parole del diritto si fanno veicolo di dialogo internazionale, di assistenza e di cooperazione giudiziaria. Qui la necessità di lavorare attraverso la traduzione giuridica immette un *surplus* di difficoltà nelle dinamiche comunicative, sia quando occorre passare dalla lingua di lavoro delle istituzioni sovranazionali alle lingue dei paesi membri di dette istituzioni, sia quando dalla lingua propria di un ordinamento giuridico occorre passare a quella di altro e diverso ordinamento giuridico, tipicamente per esigenze di cooperazione.

Anche la didattica del diritto è un universo di parole che tessono dialoghi, custodiscono principi e tradizioni giuridiche, tramandano la memoria e sciolgono i significati delle metafore e delle immagini. Il diritto e la scienza giuridica chiedono di essere insegnati e comunicati. Le parole si fanno allora veicolo di senso²⁰, di interpretazione²¹, di sensibilizzazione.

1.2. *La condizione di realtà*

I *dati di realtà* si desumono dalla constatazione empirica della dimensione *diacronica* ed *evolutiva* del diritto: il diritto muta nel tempo, adattando le proprie risposte ai cambiamenti e ai fattori di crisi interni al sistema penale e o derivanti dal contesto esterno.

Il diritto, come è stato detto in esordio, è strumento regolatore delle rela-

¹⁶ Le caratteristiche involutive delle categorie penalistiche sono analizzate in G. De Francesco e A. Gargani (a cura di), *Evoluzioni e involuzioni delle categorie penalistiche*, Milano, Giuffrè, 2017.

¹⁷ Per una panoramica di riforme non ben meditate cfr. G. Insolera (a cura di), *La legislazione penale compulsiva*, Padova, Cedam, 2006.

¹⁸ Cfr. M. Gialuz, J. Della Torre, *Giustizia per nessuno. L'inefficienza del sistema penale italiano tra crisi cronica e riforma Cartabia*, Torino, Giappichelli, 2022.

¹⁹ Sia consentito rinviare a G. Mannozi, *Le parole del diritto penale. Un percorso ricostruttivo tra linguaggio per immagini e lingua giuridica*, «Riv. it. dir. proc. pen.», 2011, pp. 1431-1473.

²⁰ Il "senso" delle parole della giustizia riparativa è esplorato, in una prospettiva prevalentemente filosofica, da Roberto Mancini in G. Mannozi, R. Mancini, *La giustizia accogliente*, Milano, Franco Angeli, 2022.

²¹ V. Giordano, *Il paradigma ermeneutico e il sistema penale. Tra principi costituzionali e prassi*, Ospedaletto, Pacini, 2022.

zioni umane, siano esse pacifiche e ordinate, e perciò intrinsecamente giuste, oppure caratterizzate dall'ingiustizia, come accade, ad esempio, quando sono l'esito della violazione di norme, in particolare di quelle penali o di diritti umani. Le relazioni intersoggettive e tra gruppi, inoltre, sono costantemente sottoposte a fattori perturbanti endogeni ed esogeni. Questi ultimi, in particolare, possono derivare dai cambiamenti sociali, dall'evoluzione tecnologica, dalle crisi economiche, dai conflitti globali (ad esempio, quelli bellici).

Tre osservazioni, svolte del campo della filosofia, del diritto e della sociologia corroborano la precedente affermazione:

- a) Michela Marzano afferma che viviamo in un «mondo instabile»²², dando al contempo alcune indicazioni essenziali per sopravvivere all'incertezza: occorre saper cambiare modi di pensiero e saper innovare schemi di vita per mantenere legami relazionali a base fiduciale. Tali strategie – improntate ad apertura cognitiva e flessibilità comportamentale – presuppongono, anzitutto, fiducia in se stessi.
- b) Mirelle Delmas Marty – a conclusione del ciclo di lezioni al College de France – parla di “umanità in transito”, rispetto alla quale il diritto è chiamato a resistere alla disumanizzazione, a responsabilizzare gli attori globali e ad anticipare i rischi futuri²³. Anche qui la fiducia è un elemento essenziale e irrinunciabile: essa implica una scommessa sull'umano e sulla sua capacità di previsione e contenimento dei rischi.
- c) Infine, Zygmunt Baumann osserva che «la fiducia si trova in difficoltà nel momento in cui ci rendiamo conto che il male si può nascondere ovunque»²⁴. Sulla base dell'ubiquità del male, diventa difficile porre un confine tra l'io (che ambisce al giusto) e l'altro da sé (che fa dell'ingiustizia la propria linea di azione). La provvisorietà, o meglio, la porosità del limite tra comportamento giusto e comportamento ingiusto crea instabilità e alimenta sfiducia. «Il confine protegge (o almeno così si spera o si crede) dall'inatteso e dall'imprevedibile: dalle situazioni che ci spaventerebbero, ci paralizzerebbero e ci renderebbero incapaci di agire. Più i confini sono visibili e i segni di demarcazione sono chiari, più sono “ordinati” lo spazio e il tempo all'interno dei quali ci muoviamo. I confini danno sicurezza. Ci permettono di sapere come, dove e quando muoverci. Ci consentono di agire con fiducia»²⁵.

²² M. Marzano, *Cosa fare delle nostre ferite? La fiducia e l'accettazione dell'altro*, Trento, il Margine, 2021, p. 71.

²³ M. Delmas Marty, *Una bussola dei possibili. Governance mondiale e umanesimo giuridico* (a cura di E. Fronza e C. Sotis), Bologna, 1088press, 2021, p. 19-49.

²⁴ Z. Baumann, *Paura liquida*, Roma-Bari, Laterza, 2009, p. 86.

²⁵ Da un articolo di Z. Bauman in *Corriere della sera* 24 maggio 2009.

Instabilità del mondo, rischi di disumanizzazione, crisi e riverberi del concetto di *limes*²⁶, sono tre fattori atti a modificare, alterare, sovvertire le dinamiche fiduciali. Al riguardo, Francesco Palazzo parla di un «diffuso senso di fragilità»²⁷ che sollecita nuove paure e, con esse, la necessità di identificare un nemico sul quale scaricare il proprio senso di ansia e di angoscia. La paura, a sua volta, «finisce per innescare il meccanismo del capro espiatorio; e il capro espiatorio è uno strumento fortemente lacerante non solo la solidarietà sociale»²⁸ ma anche, con essa, la fiducia interpersonale e quella intergenerazionale, componenti imprescindibili del tessuto relazionale sociale.

Quale vettore di pacificazione e di stabilizzazione della fiducia, il diritto, nella sua dimensione regolativa, è interpellato a *seguire* i cambiamenti e, in qualche caso, ad *anticiparli*. Deve raccogliere sfide della modernità per mantenere assetti fiduciali resi instabili e oscillanti dalle ingiustizie subite, da quelle perpetrate, dalla violazione dei diritti umani e delle norme, dalle attività rischiose ma consentite, dalle innovazioni con componenti difficilmente governabili o caratterizzate da segmenti procedurali di tipo “*black box*” (si pensi alle questioni poste dall’intelligenza artificiale) e, più in generale, dalle crisi economiche e dai conflitti bellici.

Il legame tra il rinnovamento delle regole giuridiche e le scelte di *policy* volte a salvaguardare assetti fiduciali è empiricamente osservabile. È ancora una volta il lessico a rivelare, per primo, la prospettiva del cambiamento. Alcune parole della sfera giuridica rinviano, infatti, a concetti dinamizzati da aggettivi che ne illustrano la proiezione lungo la linea del tempo: “generazioni future”, “sviluppo sostenibile”, “pace duratura”. Tali espressioni evocano la dimensione prospettica del diritto, costantemente volto a rinnovare se stesso nei *contenuti* forse più che nelle *forme* e nelle fonti di produzione, che pure si aprono alle istanze di armonizzazione e di cooperazione internazionale.

L’instabilità dei sistemi di diritto è, dunque, correlata alla presa d’atto delle variazioni delle paure, dei rischi locali e globali, dei pericoli naturali o, ancora, di quelli industriali o dall’insorgere di rischi misti e multipli (ad esempio i rischi naturali amplificati da interventi antropici). Il diritto è in perenne tensione tra il conservatorismo del linguaggio, il formalismo delle procedure e le sfide poste dall’incertezza o, addirittura, dall’imprevedibilità. Il dialogo con la scienza e, in generale, con saperi diversi da quello giuridico

²⁶ M. Saporiti, *Tra limite e fondamento. I migranti e l’Europa delle logiche incompatibili*, Torino, Giappichelli, 2020, pp. 6 s. (ma su tale concetto la riflessione è ben più ampia di quella contenuta nelle pagine indicate).

²⁷ F. Palazzo, *Il messaggio di Mirelle Delmas-Marty per un diritto umano e planetario. Postfazione a M. Delmas-Marty, Una bussola dei possibili. Governance mondiale e umanesimo giuridico* (a cura di E. Fronza e C. Sotis), 1088press, Bologna, 2021, p. 57.

²⁸ *Ibidem*.

diventa un fattore di modulazione delle regole, in grado di adattare alle nuove esigenze e sfide che la società contemporanea pone, rendendo il diritto uno strumento dinamico e flessibile in un contesto in continua evoluzione.

In definitiva, a fronte delle condizioni di realtà sopra evocate, la fiducia appare come un bene fragile, scarso, costantemente esposto al rischio di attacchi e possibili lacerazioni tali da fomentare ulteriori divisioni sociali, anche a partire da moduli di pensiero politico capaci di tradursi, soprattutto in ambito penale, in strategie politico-criminali che conducono al c.d. diritto penale “del nemico”.

Una ricerca condotta presso il Max Planck Institut di Friburgo mostra, in particolare, come due “vettori di sfiducia” – le teorie populiste e quelle complottiste – avrebbero un fattore comune: la tendenza spiccata a promuovere sfiducia. La logica del “noi” *vs* “loro” finisce con l’isolare gruppi di persone che coltivano posizioni antagonistiche. Evidente durante la pandemia da Covid 19, il fenomeno del “*distrust*” è stato osservato in aggregati di individui che rigettano la scienza, credono in tesi implausibili, inducono divisione sociale. Coloro che tendono verso il populismo o sono inclini a credere a complotti esternano atteggiamenti di sfiducia nella società, nella medicina e nelle *élite* di scienziati, le quali rischiano di essere percepite come autoreferenziali, inaffidabili e persino capaci di alimentare situazioni di sfruttamento.

Per concludere (senza, tuttavia, voler concludere davvero) applico qui un’ipotesi derivante dal pensiero di Ivano Dionigi: in un mondo instabile, in cui convivono il senso di fragilità, le paure di rischi incombenti, in un’epoca – come è stata definita dallo stesso Dionigi – «di paradossi e di ossimori»²⁹, che accompagnano un’umanità in transito occorre anzitutto «un’ecologia linguistica, che restituisca alla parola il potere di illuminare, non di nascondere e sequestrare la realtà»³⁰. Sembra essersi spezzato, infatti, il “patto” tra le parole e le cose; si percepisce una riduzione e un impoverimento del lessico. La parola – osserva sempre Dionigi – è «degradata a vocabolo e identificata col *medium* comunicativo»³¹.

Questa nuova ecologia linguistica propone di restituire alle parole il potere di disvelare la realtà e quindi diventare, auspicabilmente, vettore di coesione sociale e di *fiducia*.

²⁹ Dionigi, *Benedetta parola*, cit., p. 19.

³⁰ *Ibidem*, p. 20.

³¹ *Ibidem*, p. 19.

2. Secondo quadro: le funzioni della parola giuridica

2.1. *Nomos e logos*

Nell'ambito del diritto le parole hanno molteplici funzioni. È sconsigliabile farne un elenco che ambisca ad essere esaustivo poiché esso sarebbe inevitabilmente impreciso, per eccesso o per difetto. Può essere utile, tuttavia, individuare quantomeno alcune *funzioni essenziali*, collegate complessivamente alla scienza della legislazione, all'attività legislativa e all'applicazione del diritto, che sono qui di seguito riportate:

- a) *dire il diritto*: ciò avviene principalmente attraverso la legge scritta, ma anche la giurisprudenza (si pensi alla giurisprudenza costituzionale, a quella delle Corti sovranazionali, come la CEDU, o alla funzione nomofilattica della Corte di cassazione);
- b) *narrare fatti*: al riguardo rilevano, ad esempio, le dichiarazioni della vittima all'atto della denuncia, la deposizione del testimone, le consulenze dei periti, le memorie dei difensori;
- c) *cercare la verità*: il riferimento è all'oralità del processo, *locus* di formazione della prova e di soluzione del dubbio;
- d) *curare*: il riferimento principale va alla *therapeutic jurisprudence* o alla valenza terapeutica dello *storytelling* nell'ambito dei percorsi di giustizia riparativa;
- e) *disvelare l'ingiustizia*: tale funzione è svolta dalle narrazioni pubbliche (si pensi allo svolgimento della *Truth and Reconciliation Commission* sudafricana), dalle inchieste giornalistiche³², dalla denuncia sociale;
- f) *perpetuare la memoria*: narrazioni, sentenze, riparazione alle vittime di reato possono contribuire alla costruzione di “quadri collettivi della memoria”³³;
- g) *riparare simbolicamente l'offesa*: le scuse formali, esito tipico di taluni percorsi di giustizia riparativa, la creazione di “giornate della memoria” e ogni “pietra di inciampo” avente consistenza “narrativa” possono contribuire alla riparazione simbolica dell'offesa.

Il diritto penale – inteso nella sua dimensione *statica* (certezza, prevedibilità, senso di sicurezza) e nella sua proiezione *dinamica* (accertamento

³² Un tra i molteplici esempi è dato dall'inchiesta Spotlight sugli abusi sui minori nell'ambito delle istituzioni religiose, ora descritta nel libro *Betrayal*, The Boston Globe, 2002, trad. it. di I. Annoni, E. Cantoni, *Tradimento. Il caso Spotlight*, (The Boston Globe, a cura di), Trento, Piemme, Cles, 2016.

³³ A. Assmann, *Formen des Vergessens*, Wallstein Verlag, Göttingen, 2016, trad. it. di T. Cavallo, *Sette modi di dimenticare*, Bologna, il Mulino, 2019, p. 67.

dei fatti, risposte sanzionatorie, prevenzione, risarcimento e riparazione) – si costruisce dall’intreccio costante e progressivo delle funzioni associate al lessico. Il *nomos* ha bisogno del *logos*.

Ciò si riflette sulle dinamiche fiduciali, verso il diritto e all’interno dei meccanismi giuridici, le quali sono costantemente condizionate dalle parole, sia da quelle che diciamo, sia da quelle che avremmo dovuto dire e non abbiamo detto³⁴.

Condizionata dal contesto e dalle funzioni delle parole del diritto, la fiducia è oggetto di analisi multidisciplinare quanto alla funzione che essa stessa può svolgere all’interno dei sistemi sociali. La fiducia è stata declinata, infatti, come un modello socio-cognitivo³⁵, un concetto politico³⁶, un fattore propulsivo dello sviluppo economico³⁷, un meccanismo di riduzione della complessità³⁸, una forza di sintesi, un collante sociale e, infine, una scommessa umana o, meglio, una *forma di sapere* su un essere umano³⁹.

L’interconnessione tra il lessico giuridico e la fiducia rivela un fenomeno interessante: il diritto, con la sua duplice natura statica e dinamica, si erige su un “tessuto” lessicale che non solo descrive, ma plasma e orienta la fiducia dei destinatari delle norme. In siffatta tessitura, le parole sono non soltanto strumenti di comunicazione, ma anche agenti di *trasformazione* individuale e sociale, in grado di modellare le relazioni di fiducia (o di sfiducia) nei confronti del diritto e dei suoi meccanismi. Sotto questa luce, la filigrana della fiducia creata attraverso le parole rappresenta una sorta di collante invisibile, che tiene insieme le diverse parti del sistema giuridico, alimentandone la sua legittimazione e la sua funzionalità. La scarsità di fiducia, viceversa, induce diffidenza, fomenta divisioni e provoca conflittualità.

2.2. Occorrenze linguistiche e funzioni della fiducia nel lessico della Costituzione e delle principali fonti sovranazionali in materia penale

Dalla ricognizione lessicale e funzionale proposta e volendo arrischiare una prima sintesi, si può dire che la fiducia si staglia in un duplice significato: quello di *fiducia in senso stretto* e quello di *affidamento*. Tali accezioni

³⁴ E. Borgna, *Le parole che ci salvano*, Torino, Einaudi, 2017, p. VIII della Prefazione.

³⁵ Cfr. Marzano, *Cosa fare delle nostre ferite?*, cit., pp. 69 ss.

³⁶ Nel pensiero di Locke, la società riposerebbe su un rapporto di fiducia reciproca fra il governo e il popolo. J. Locke (1690) *Two treatises of government*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 1988.

³⁷ V. Pelligra, *Fiducia e produttività. Sulla natura relazione dell’agire economico*, «Sindacalismo» 2009, 7(3), pp. 47-68.

³⁸ N. Luhmann, *Vertrauen. Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*, Lucius und Lucius, Stuttgart, 1968, trad. it. *La fiducia*, Bologna, il Mulino, 2002.

³⁹ Formule riconducibili al pensiero di G. Simmel, *Sociologia*, Milano, Edizioni di Comunità, 1989.

possono essere lette anche come *funzioni*: promuovere fiducia, consentire affidamento. Occorre verificare se e con quali modalità tali significati funzionali siano presenti e operino nel diritto penale.

A tal fine, prima ancora che lavorare sul dato strettamente normativo, è utile operare ancora un approfondimento sul terreno linguistico.

Il punto di partenza è la verifica della ricorrenza della parola “fiducia” nelle fonti che, gerarchicamente, si collocano a monte del sistema penale e che, perciò, sono capaci di orientarlo, di integrarlo e di guidarne l’ermeneutica. Ciò servirà a individuare quali sono le principali accezioni di fiducia con le quali il legislatore e l’interprete nazionale sono chiamati a confrontarsi.

Soltanto dopo, alla luce del linguaggio giuridico della Costituzione e delle fonti sovranazionali richiamate, sarà possibile delineare una paradigmatica della fiducia nel diritto penale.

Per la verifica linguistica sono stati selezionati i principali documenti rilevanti nell’ambito della “materia penale”: a partire dalla Costituzione italiana, sono stati inclusi gli atti vincolanti dell’unione europea e i principali atti sovranazionali di *soft law* capaci di incidere sulle scelte di politica penale e di politica criminale, sia sul versante delle vittime che su quello degli autori di reato.

In particolare, sotto il profilo linguistico, sono state esaminate, oltre alla Costituzione italiana, le seguenti fonti generaliste operanti in quattro diversi ambiti: (a) diritti umani; (b) garanzie per l’autore di reato e strategie di prevenzione della criminalità; (c) diritti delle vittime di reato; (d) tutela rafforzata rispetto ad ambiti particolarmente gravi della criminalità.

2.2.1. Nel primo ambito sono stati monitorati: la Dichiarazione universale dei diritti umani⁴⁰; la Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà fondamentali del Consiglio d’Europa (CEDU)⁴¹; la Carta dei Diritti fondamentali dell’Unione Europa (c.d. Carta di Nizza)⁴². È emerso come la parola “fiducia” compaia nella Costituzione unicamente nell’ambito delle modalità di formazione del governo (ma non è questa la fiducia che rileva ai fini della presente indagine). È chiaro, tuttavia, che dinamiche fiduciali sono alla base del principio solidaristico che informa la Carta costituzionale. Analogamente, nella Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo si parla di un unico tipo particolare di fiducia, l’amministrazione fiduciaria, che non

⁴⁰ *Dichiarazione universale dei diritti umani*, adottata dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite a Parigi il 10 dicembre 1948, disponibile a: <https://www.senato.it/application/xmanager/projects/leg18/file/DICHIARAZIONE_diritti_umani_4lingue.pdf>.

⁴¹ *Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà fondamentali*, adottata dal Consiglio d’Europa a Roma il 4 novembre 1950, disponibile a <https://presidenza.governo.it/CONTENZIOSO/contenzioso_europeo/documentazione/Convention_ITA.pdf>.

⁴² *Carta dei Diritti fondamentali dell’Unione Europea*, proclamata il 7 dicembre 2000 a Nizza (2000/C 364/01), disponibile a: <https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_it.pdf>.

rileva in ambito penale. La parola “fiducia” non è presente nella CEDU e neppure nella Carta di Nizza.

2.2.2. Nel secondo ambito – garanzie per l'autore di reato e strategie di prevenzione della criminalità – sono stati selezionati documenti rilevanti per vincolatività, autorevolezza e capacità di *moral suasion*: la Raccomandazione del Consiglio d'Europa del 2020 sulle nuove regole penitenziarie europee⁴³; la Direttiva 2016/343/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali⁴⁴; Raccomandazione R(2006) del Consiglio d'Europa sull'uso della custodia cautelare in carcere, le condizioni in cui essa ha luogo ed i provvedimenti per la tutela dagli abusi⁴⁵; la Doha Declaration del 2015 su come integrare la prevenzione del crimine e la giustizia penale nell'Agenda delle Nazioni Unite⁴⁶; le Dichiarazioni di Kyoto del 2021 sull'avanzamento della prevenzione della criminalità, la giustizia penale e la *rule of law*⁴⁷.

Nei documenti sopra richiamati il termine fiducia compare prevalentemente nell'accezione di *fiducia reciproca tra sistemi* penali per promuovere la cooperazione⁴⁸, e in quella di *confidenzialità* (legata alla riservatezza delle informazioni o del contenuto di documenti giuridici)⁴⁹.

⁴³ *Recommendation Rec(2006)2-rev of the Committee of Ministers to member States on the European Prison Rules*, adopted by the Committee of Ministers on 11 January 2006, at the 952nd meeting of the Ministers' Deputies and revised and amended by the Committee of Ministers on 1 July 2020 at the 1380th meeting of the Ministers' Deputies (non ancora tradotta ufficialmente in Italiano), disponibile a: <<https://rm.coe.int/09000016809ee581>>.

⁴⁴ *Direttiva 2016/343/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 9 marzo 2016 sul rafforzamento di alcuni aspetti della presunzione di innocenza e del diritto di presenziare al processo nei procedimenti penali*, disponibile a: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32016L0343&from=PL>>.

⁴⁵ *Raccomandazione 2006/13 Comitato dei Ministri agli Stati membri riguardante la custodia cautelare (settembre 2006)* (adottata dal Comitato dei Ministri il 27 settembre 2006, nel corso della 974ª riunione dei Delegati dei Ministri), Disponibile a: <[https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.page?facetNode_1=1_2\(2006\)&contentId=SPS1145149&previousPage=mg_1_12](https://www.giustizia.it/giustizia/it/mg_1_12_1.page?facetNode_1=1_2(2006)&contentId=SPS1145149&previousPage=mg_1_12)>.

⁴⁶ *Doha Declaration on Integrating Crime Prevention and Criminal Justice into the Wider United Nations Agenda to Address Social and Economic Challenges and to Promote the Rule of Law at the National and International Levels, and Public Participation*, adopted at the Thirteenth United Nations Congress on Crime Prevention and Criminal Justice – Doha, 12-19 April 2015, disponibile a: <https://www.unodc.org/res/ji/import/international_standards/doha_declaration/doha_declaration.pdf>.

⁴⁷ *Kyoto Declaration on Advancing Crime Prevention, Criminal Justice and the Rule of Law: Towards the Achievement of the 2030 Agenda for Sustainable Development*, adopted at the Fourteenth United Nations Congress on Crime Prevention and Criminal Justice – Kyoto, Japan, 7-12 March 2021, disponibile a: <https://www.unodc.org/documents/commissions/Congress/21-02815_Kyoto_Declaration_ebook_rev_cover.pdf>.

⁴⁸ Cfr. la *Direttiva 2016/343/UE*, cit., ai considerando 4, 5, 10.

⁴⁹ *Recommendation Rec(2006)2-rev of the Committee of Ministers to member States on the European Prison Rules adopted by the Committee of Ministers on 11 January 2006*, at the 952nd

La Doha Declaration dà un rilievo interessante ai termini *trust* e *confidence* (quest'ultimo ricorre ben tre volte), i quali vengono utilizzati in accezioni non generaliste bensì specifiche, volte a sottolineare la necessità di instaurare una relazione positiva tra la collettività e il sistema di giustizia criminale⁵⁰. Più in particolare, il termine “*trust*” viene usato per indicare sia la fiducia nella giustizia, sia la credibilità del sistema di giustizia nel suo complesso. La Doha Declaration pone l'accento sull'importanza di coinvolgere la società in processi consultivi e partecipativi per costruire e mantenere questa fiducia. L'obiettivo è far sì che la popolazione creda nel sistema della giustizia, considerandolo giusto e affidabile⁵¹, anche grazie a processi inclusivi e partecipativi⁵².

Il termine “*confidence*” è utilizzato per indicare una fiducia più specifica e pratica, legata alla percezione sociale della funzionalità, dell'efficacia e dell'equità della giustizia, la quale deve essere rispettosa dei diritti umani e libera da corruzione⁵³.

In sintesi, nella Doha Declaration, *trust* si riferisce alla fiducia generale del pubblico nel sistema di giustizia criminale come istituzione giusta e affidabile, mentre *confidence* si riferisce alla fiducia specifica nella capacità operativa e nella competenza del sistema di giustizia criminale.

A differenza che nella Doha Declaration, nel testo della Kyoto Declaration viene utilizzato il solo termine “*trust*” (e non anche il termine “*confidence*”), con il quale viene indicata la fiducia reciproca che deve esistere tra i vari attori coinvolti nel sistema di giustizia criminale, nonché la fiducia del

meeting of the Ministers' Deputies and revised and amended by the Committee of Ministers on 1 July 2020 at the 1380th meeting of the Ministers' Deputies, cit. Si vedano, a titolo di esempio, i seguenti punti: Parte II, 15.1.f); 16A.2.d;16A.3; 23.4; 23.5.

⁵⁰ Il termine “criminale”, utilizzato nel testo, è quello maggiormente in uso nei sistemi di *common law* e nella lingua di lavoro degli organismi sovranazionali richiamati nel testo. Cfr. D. Pulitanò, *Potere, Diritto, fiducia*, in A. Gargani et al. (a cura di), *Tra principi del diritto penale e teoria del reato*, Pisa, Pisa Univ. Press, 2022, p. 60.

⁵¹ Cfr. *Doha Declaration*, cit., al punto 5. «q): To consider providing specialized training to criminal justice professionals to enhance capacities for recognizing, understanding, suppressing and investigating hate crimes motivated by discrimination of any kind, to help engage effectively with victim communities and to build *public confidence* and cooperation with criminal justice agencies» (corsivi aggiunti).

⁵² Lo conferma la seguente affermazione, che si riporta lingua originale per evidenziare la duplice accezione dei termini *trust/confidence*: «We support the development and implementation of consultative and participatory processes in crime prevention and criminal justice... to galvanize *public trust* and *confidence* in criminal justice systems» (*Doha Declaration*, cit., punto 10 – corsivi aggiunti).

⁵³ Cfr. *Doha Declaration*, cit., punto 10. e). «To raise public confidence in criminal justice by preventing corruption and promoting respect for human rights, as well as enhancing professional competence and oversight in all sectors of the criminal justice system». Qui, “*confidence*” si riferisce alla fiducia che il pubblico ha nella competenza professionale e nell'integrità del sistema di giustizia criminale, una fiducia che deve essere costruita attraverso misure concrete come la prevenzione della corruzione e la promozione del rispetto dei diritti umani.

pubblico verso le forze dell'ordine e le istituzioni di giustizia criminale⁵⁴. *Trust* si riferisce, in particolare, sia alla fiducia reciproca tra i professionisti della giustizia criminale a livello regionale e transregionale, sia alla fiducia del pubblico nelle forze dell'ordine, specie quando si tratta di denunciare crimini d'odio. Il termine “confidence” non viene menzionato esplicitamente, ma l'accezione di fiducia nella competenza e nell'efficacia delle forze dell'ordine è comunque implicita.

2.2.3 Nell'ambito della tutela delle vittime sono stati selezionati tre documenti sovranazionali particolarmente rilevanti per la specificità tematica, la vincolatività e per l'autorevolezza che li contraddistinguono: la Direttiva 2012/29/UE sui diritti delle vittime⁵⁵; la Convenzione CM/Rec(2023)2⁵⁶ sui diritti, i servizi e il supporto delle vittime di reato; la Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Consiglio economico e sociale sulle strategie relative ai diritti delle vittime del 2020⁵⁷.

Anche in questo gruppo di documenti è evidente un uso sporadico del termine fiducia. Iniziando dal documento più recente – la Convenzione del Consiglio d'Europa sui diritti delle vittime del 2023 – emerge come non vi sia traccia lessicale della parola “fiducia”, analogamente a quanto accade nella precedente Raccomandazione del 2006.

Nel testo della Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Consiglio economico e sociale sulle strategie relative ai diritti delle vittime del 2020, sebbene il termine fiducia compaia solo una

⁵⁴ Cfr. *Kyoto Declaration*, cit., punto 63: «Establish or strengthen regional and cross-regional cooperation networks of law enforcement and other criminal justice practitioners to exchange information and best practices with a view to, inter alia, building trust among them and further facilitating international cooperation». In questo contesto, “*trust*” si riferisce alla fiducia reciproca che deve essere costruita tra i professionisti della giustizia criminale attraverso la cooperazione e lo scambio di informazioni e pratiche migliori. Al punto 91 si afferma «Develop effective strategies, including by enhancing the capacity of criminal justice professionals, to prevent, investigate and prosecute hate crimes, as well as engage effectively with victims and victim communities to build public trust when engaging with law enforcement to report such crimes». La locuzione “*public trust*” si riferisce alla fiducia che il pubblico, in particolare le vittime e le comunità vittimizzate, deve avere nelle forze dell'ordine all'atto della denuncia.

⁵⁵ *Direttiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2012 che istituisce norme minime in materia di diritti, assistenza e protezione delle vittime di reato e che sostituisce la decisione quadro 2001/220/GAI*, disponibile a: <https://www.giustizia.it/resources/cms/documents/sgep_tavolo18_allegato3.pdf>.

⁵⁶ *Raccomandazione del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa CM/Rec(2023)2 sui diritti, i servizi e il supporto delle vittime di reato*, disponibile a: <https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680aa8263>.

⁵⁷ *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni. Strategia dell'UE sui diritti delle vittime (2020-2025)*, COM(2020) 258, disponibile a: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0258>>.

volta, esso risulta inserito in un contesto rilevante e peculiare. La *promozione di fiducia* viene evidenziata come un elemento cruciale nell'ambito della protezione dei diritti delle vittime di reato, specificatamente per quelle appartenenti a comunità svantaggiate o vulnerabili, le quali spesso mostrano una fiducia limitata nelle autorità pubbliche, il che ostacola la propensione alla denuncia dei reati⁵⁸. Per incrementare il tasso di denuncia di reati perpetrati ai danni di appartenenti a dette comunità sarebbe, dunque, indispensabile accrescere la fiducia verso le autorità pubbliche, sia attraverso il rafforzamento della cooperazione tra le autorità competenti e le comunità interessate, sia mediante l'offerta di una formazione specifica sull'antidiscriminazione rivolta alle forze di polizia o a coloro che, a vario titolo, entrano istituzionalmente in contatto con le vittime. In sintesi, la fiducia è vista come un elemento fondamentale per garantire che le vittime, specialmente quelle appartenenti a comunità vulnerabili o minoritarie, si sentano sicure nel denunciare i reati subiti, con conseguente riduzione della cifra nera della criminalità.

L'uso del termine fiducia più ricorrente e interessante si trova nella Direttiva 2012/29/UE sui diritti delle vittime. Se si confronta il testo della Direttiva nella traduzione italiana – dove linguisticamente si ricorre alla parola “fiducia” – con quello in lingua inglese (la lingua di lavoro, insieme al francese, dell'Unione Europea) si possono osservare, già a livello lessicale, due diverse accezioni di “fiducia”, espresse, rispettivamente, dai termini “*trust*” e “*confidence*”.

La Direttiva enfatizza, infatti, il concetto di fiducia in diversi contesti, evidenziandone l'importanza nelle relazioni tra le vittime di reato e il sistema di giustizia. Il Considerando 18, in particolare, sottolinea il trauma derivante dalla violenza nelle relazioni strette, perpetrata da persone di cui le vittime dovrebbero potersi fidare (qui il termine utilizzato è “*trust*”). Il Considerando 53 focalizza la necessità di instaurare un clima di fiducia tra le vittime e le autorità per prevenire la vittimizzazione secondaria: anche qui il termine utilizzato è “*trust*”. Infine, il Considerando 63 rileva come servizi di sostegno affidabili e risposte rispettose da parte delle autorità possano aumentare

⁵⁸ Cfr. la *Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo*, cit., ove si legge espressamente: «Inoltre le vittime di reato appartenenti a comunità o minoranze svantaggiate o vulnerabili possono avere scarsa fiducia nelle autorità pubbliche, circostanza questa che impedisce loro di denunciare i reati. Le indagini dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali evidenziano un livello considerevole di omessa denuncia di reati basati sull'odio tra le comunità LGBTI+, di colore, musulmana ed ebraica. Al fine di aumentare la denuncia di reati tra i membri di tali comunità, è fondamentale sviluppare la loro fiducia nei confronti delle autorità pubbliche, ad esempio rafforzando la cooperazione tra le autorità competenti e le comunità pertinenti». Ivi si richiamano altresì i sondaggi dell'Agenzia per i diritti fondamentali, il cui esito evidenzia un basso livello di denuncia di reati di odio tra le comunità LGBTI+, nere, musulmane ed ebraiche.

la fiducia delle vittime nei sistemi di giustizia, riducendo il numero dei reati non denunciati. In quest'ultimo contesto, il termine adottato non è “*trust*” bensì “*confidence*”.

È possibile perciò derivarne che la Direttiva distingue, in linea di principio, tre diversi tipi di fiducia: una fiducia per così dire *orizzontale*, che è fiducia interpersonale e in se stessi, messa in crisi dall'esperienza di vittimizzazione; una fiducia *verticale*, che corre tra autorità e individuo, la quale può essere intaccata dall'insoddisfacente esperienza di giustizia nell'ambito del procedimento penale; infine, una fiducia *diffusa*, avente dimensione ampia e generalizzata e a valenza *sociale*, la quale che incoraggia la cooperazione civica e la denuncia dei reati. Se per i primi due profili tematici della fiducia (orizzontale e verticale) la parola adottata dalla Direttiva è *trust*, per l'ultimo tipo di fiducia, la parola usata è *confidence*. L'analisi etimologica e le origini protoindoeuropee di tali parole aiuteranno a chiarire il perché i due diversi termini anglosassoni utilizzati per esprimere il concetto di *fiducia* hanno una proiezione semantica diversa.

Proseguendo con l'analisi linguistica dei documenti sovranazionali a tutela delle vittime, occorre prendere in considerazione quantomeno i principali documenti sovranazionali fondativi in materia di giustizia riparativa: i *Basic Principles delle Nazioni unite in materia di giustizia riparativa*⁵⁹; l'*Handbook on Restorative Justice Programmes* delle Nazioni Unite⁶⁰; le Raccomandazioni del Consiglio d'Europa R(99)19 sulla mediazione penale⁶¹ e CM/Rec(2018)8 sulla giustizia riparativa in materia penale⁶². Anche in questo caso si procederà a partire dal documento più recente, segnalando sin d'ora che nei *Basic Principles* delle Nazioni unite non ci siano occorrenze né della parola *trust*, né della parola *confidence*.

Nell'*Handbook on Restorative Justice Programmes* delle Nazioni Unite del 2020, le parole “*trust*” e “*confidence*” sono utilizzate in contesti che esprimono la loro importanza per l'implementazione dei programmi di giustizia riparativa.

Il termine *trust* è utilizzato, in primo luogo, in relazione alla partecipazione delle comunità indigene in alcune fasi processuali (si pensi ai *sentencing*

⁵⁹ *Basic principles on the use of restorative justice programmes in criminal matters* (ECOSOC Resolution 2002/12), disponibile a: <<https://www.un.org/ruleoflaw/blog/document/basic-principles-on-the-use-of-restorative-justice-programmes-in-criminal-matters/>>.

⁶⁰ *Handbook on Restorative Justice programmes* delle Nazioni Unite (Criminal Justice Handbook Series, Vienna, 2020, disponibile a: <https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/20-01146_Handbook_on_Restorative_Justice_Programmes.pdf>.

⁶¹ *Raccomandazione R(99)19 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa sulla mediazione in materia penale*, disponibile a: <<https://rm.coe.int/european-commission-for-the-efficiency-of-justice-cepej-better-impleme/16807882a7>>.

⁶² *Raccomandazione del Comitato dei Ministri agli Stati membri CM/Rec(2018)8 sulla giustizia riparativa in materia penale*, disponibile a: <<https://rm.coe.int/168091ebf7>>.

circles) prevista in Australia, Nuova Zelanda e Canada, la quale ha portato a una maggiore fiducia tra le comunità native e il personale della giustizia coloniale⁶³. In secondo luogo, la capacità di stabilire un clima che promuova *trust* e *confidence* di tutti i partecipanti è una *soft skill* del mediatore, indispensabile per poter avviare, condurre e concludere un programma di giustizia riparativa.

In terzo luogo, viene sottolineata l'importanza della presa in carico della sofferenza delle vittime con un approccio specifico – il c.d. “*trauma-informed care*”⁶⁴ – atto a promuovere sicurezza per le vittime, *affidabilità* dei servizi, trasparenza e supporto, contribuendo a costruire la fiducia (*trust*) necessaria per evitare vittimizzazione ripetuta e secondaria.

Il termine “*confidence*” è invece utilizzato per evidenziare i benefici potenziali dei programmi di giustizia riparativa nel migliorare la partecipazione pubblica e la fiducia nel sistema di giustizia penale. Nell'*Handbook* viene menzionata la capacità dei percorsi di giustizia riparativa di aumentare l'*engagement* comunitario, la fiducia nella giustizia e nelle forze di polizia, migliorando la responsabilità, il *policing* comunitario e l'efficienza del processo di reclamo.

In sintesi, nell'*Handbook* sui programmi di giustizia riparativa la *costruzione* e il *mantenimento* della fiducia (nella doppia declinazione linguistica appena ricordata) si rivelano cruciali per il successo dei programmi di giustizia riparativa, risultando altresì interconnessi con la sicurezza, la partecipazione comunitaria e la *trauma-informed care*.

Passando, infine, alla Raccomandazione CM/Rec(2018)8 del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa, occorre rilevare come la parola “*trust*” venga menzionata ove si afferma che l'approccio riparativo può contribuire a costruire e mantenere relazioni fiduciali (*trust*) tra il personale del sistema giudiziario, le forze di polizia e la comunità, ma anche tra i detenuti e lo staff penitenziario nonché tra le persone ristrette in carcere e le loro

⁶³ Cfr. *Handbook of Restorative Justice*, cit., p. 12: «In Australia, New Zealand and Canada, indigenous participation in sentencing procedures has been occurring for some time. Indigenous people, organizations, elders, family and kin group members are encouraged to participate in the sentencing process and to provide officials with insight into the offence, the character of victim-offender relations and an offender's readiness to change. With these developments, court processes may have become more culturally appropriate and greater trust may have grown between indigenous communities and judicial officers».

⁶⁴ Per un approccio al tema può essere interessante il video di Claudia Christen-Schneider, *Integrating Trauma-Informed Care in Restorative Justice Initiatives*, disponibile a <<https://rjworld.org/presentations/integrating-trauma-informed-care-in-restorative-justice-initiatives-claudia-christen-schneiders-insightful-presentation/>>. Sugli effetti dei traumi precoci e sull'importanza della presa in carico nell'ambito della politica criminale minorile v. A. Mouhiddin, J. Adams, *Restorative Justice, Desistance and Trauma-Informed Practice in the Youth Justice System*, in *Amicus Curiae*, Series 2, 4(2), 2023, pp. 442-460.

famiglie⁶⁵. La parola “*confidence*” non compare in questa Raccomandazione, mentre un termine ad essa contiguo – “*confidential*” – viene usato in riferimento ai doveri di riservatezza nell’ambito dei percorsi di giustizia riparativa (ai punti 17 e 49). In definitiva, come emerge dai documenti analizzati, costruzione della fiducia, rispetto della dignità umane e capitale sociale sono fattori essenziali nella prospettiva di tutela delle vittime e incontrano altresì gli obiettivi strategici delle Nazioni Unite per società più giuste, pacifiche e inclusive.

2.2.4. Nell’ambito della tutela rafforzata rispetto ad ambiti particolarmente gravi della criminalità sono state monitorate le principali convenzioni volte a promuovere armonizzazione a livello europeo e un rafforzamento delle strategie di repressione e prevenzione: la Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale⁶⁶; la Convenzione penale sulla corruzione⁶⁷; Convenzione del Consiglio d’Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani⁶⁸; la Convenzione del Consiglio d’Europa contro il traffico di organi⁶⁹; la Convenzione delle Nazioni Unite sul traffico di Droga⁷⁰; la Convenzione sul traffico di armi; e le convenzioni di Istanbul e di Lanzarote⁷¹, rispettivamente sulla violenza di genere e contro i minori.

In nessuna delle convenzioni indicate – tranne che nella convenzione di Lanzarote, ove si parla di violenza con abuso di relazioni di fiducia – si fa ricorso ai termini *trust* o *confidence*.

La questione della repressione e della prevenzione del crimine, almeno apparentemente, sembra non mettere a tema la fiducia quale dinamica di interazione tra persone e tra autorità e individuo. La fiducia emerge, piuttosto, come un “meta-valore” allorché si pone quale pietra angolare sui cui si fonda

⁶⁵ Raccomandazione CM/Rec(2018)8, cit., punto 61.

⁶⁶ *Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale*, sottoscritta nel corso della Conferenza di Palermo (12 – 15 dicembre 2000), disponibile a: <<https://uif.bancaditalia.it/normativa/norm-antiricic/convenzioni/conv-palermo.pdf>>.

⁶⁷ *Convenzione penale sulla corruzione*, conclusa a Strasburgo il 27 gennaio 1999, disponibile a: <<https://rm.coe.int/16802f40f7>>.

⁶⁸ *Convenzione del Consiglio d’Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani*, adottata a Varsavia il 16 maggio 2005, disponibile a: <<https://rm.coe.int/168047cd70>>.

⁶⁹ *Convenzione del Consiglio d’Europa contro il traffico di organi umani*, conclusa a Santiago de Compostela il 25 marzo 2015, (tradotta in italiano dalla Svizzera, a seguito della ratifica, disponibile a: <<https://www.fedlex.admin.ch/filestore/fedlex.data.admin.ch/eli/cc/2020/1067/20210201/it/pdf-afedlex-data-admin-ch-eli-cc-2020-1067-20210201-it-pdf-a-3.pdf>>.

⁷⁰ *Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di sostanze stupefacenti e psicotrope*, adottata dalla Conferenza nella sua 6° seduta plenaria, il 19 dicembre 1988 (Vienna, 25 novembre – 20 dicembre 1988), disponibile a: <https://antidroga.interno.gov.it/wp-content/uploads/2019/04/convenzione_del_20_dicembre_1988_contro_il_traffico_illecito_di_stupefacent.pdf>.

⁷¹ *Convenzione del Consiglio d’Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e gli abusi sessuali*, conclusa a Lanzarote il 25 ottobre 2007, disponibile a: <https://www.garanteinfanzia.org/sites/default/files/documenti/2013-11-18_Convenzione%20Lanzarote.pdf>.

la cooperazione tra stati per una lotta il più possibile integrata ed efficace alle forme di criminalità di maggior gravità, capaci di destare allarme sociale e di alimentare il senso di insicurezza individuale e collettivo.

2.3. “Trust” e “Confidence”: *resumé*

L’analisi linguistica dei documenti sovranazionali selezionati nella cornice delle strategie di politica criminale, dei diritti umani, della tutela delle vittime ha consentito di ottenere una piattaforma conoscitiva sia pure parziale, ma comunque atta a identificare il lessico della fiducia in ambito penale. Da essa emerge, 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*”⁷².

Il termine “*trust*” viene usato per indicare:

- a) la violazione di *fiducia nelle relazioni strette* (che qualifica i reati di maltrattamenti, violenza domestica, violenza di genere);
- b) *l’abuso di posizioni di fiducia*;
- c) la fiducia delle vittime *nella pubblica autorità*, intesa come personificazione professionale (pubblici funzionari) e non come entità astratta (la giustizia);
- d) la fiducia tra *comunità indigene*, da un lato, e funzionari della giustizia/magistrati appartenenti alla giustizia “coloniale”, dall’altro lato;
- e) il *clima di fiducia* tra i partecipanti ai programmi di giustizia riparativa (a sua volta correlato a un ambiente *sicuro* e a uno *spazio protetto* di parola e di ascolto);
- f) la fiducia nell’ambito della *cooperazione internazionale*;
- g) la fiducia nella pubblica autorità (dalla quale può dipendere la *propensione alla denuncia*);
- h) la fiducia indotta dalle *modalità riparative di gestione dei conflitti* e dalla qualità inclusiva e partecipatoria della giustizia.

La parola “*confidence*” viene invece utilizzata nelle seguenti accezioni, sebbene con alcuni elementi di sovrapposibilità con le accezioni del termine *trust*:

⁷² In prospettiva storica, v. le riflessioni ampie e documentate di M. Lupoi, “*Trust and Confidence*”, «*Law Quarterly Review*», 2009, pp. 253-287.

- a) come *affidamento*;
- b) come fiducia in *entità astratte* (nel sistema penale, nella legge, nella giustizia);
- c) come *senso di sicurezza*;
- d) come *affidabilità* dei servizi della giustizia ordinaria e della giustizia riparativa;
- e) come dimensione fiduciale *collettiva* verso la giustizia tale da incoraggiare la propensione alla denuncia e la cooperazione con la pubblica autorità.

In sintesi, dalle ricorrenze lessicali emerse nei documenti esaminati emerge che la parola “trust” esprime una fiducia, per così dire, statica, “fondativa”, un’esperienza antropologica (si pensi alla fiducia nelle relazioni strette). La fiducia emerge prevalentemente nelle forme di una esperienza originaria, 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.

La duplice opzione lessicale per dire la fiducia presente nella lingua anglosassone schiude una prospettiva di approfondimento che richiede ancora uno sforzo: quello di risalire – per il tramite della linguistica comparativa – alle origini della lingua per rintracciare i significati profondi o, per meglio dire, ancestrali di entrambe le parole.

3. Terzo quadro: alle radici della lingua giuridica

Comprendere lo spessore semantico delle parole *trust* e *confidence* richiede un passo indietro nel tempo, per giungere fino alle radici comuni alla lingua italiana e a quella inglese, le radici protoindoeuropee (PIE), le quali potrebbero rivelare una realtà remota ma tuttavia in grado di illuminare il senso della lingua giuridica attuale. La linguistica comparativa, infatti, consente di individuare le componenti antropologiche ancestrali delle prime parole degli uomini che è stato possibile ricostruire attraverso le analogie presenti nelle lingue appartenenti al ceppo indoeuropeo.

La radice PIE della parola “trust” è **deru*⁷³, dalla quale derivano anzitutto parole atte a indicare una realtà prettamente naturalistica: l’albero. Abbiamo perciò le parole *tree* (in inglese), *dendron* (in greco), *dāru* (che in sanscrito vuol dire “albero”). Dalla stessa radice PIE deriva anche una serie di parole per indicare anche realtà immateriali: *trust* – appunto – ma anche *truth* (verità) e, persino *through*, l’andare attraverso, termine esperienziale

⁷³ C. Watkins (a cura di), *The American Heritage Dictionary of Indo-European Roots*, Boston-New York, Houghton Mifflin Harcourt, 2011, p. 17.

originariamente abbinato a un tronco cavo che galleggiava sull'acqua del fiume. Dalla medesima radice deriverebbe anche il verbo “*to tray*” (trasportare), fenomeno che originariamente avveniva per lo più attraverso l'uso del legno. Parrebbe altresì derivare da **deru* anche la parola druida (secondo un'interpretazione che la lega a una parola usata dai greci per indicare un albero: la “quercia”⁷⁴).

La radice protoindoeuropea è significativa e capace di mostrare come la fiducia abbia la dimensione di una esperienza di vita fondamentale. La ragione di ciò è proprio nel legame che il termine *trust* mostra con la parola *tree*, che indica genericamente l'albero.

La radice protoindoeuropea del termine è significativa e illustra come la fiducia rappresenti un'esperienza di vita fondamentale. Questo concetto si radica nel legame etimologico tra il termine *trust* e la parola “*tree*”, che indica genericamente l'albero. Tale connessione sottolinea la fiducia come un elemento intrinseco e stabile nella nostra esistenza, proprio come un albero affonda le proprie radici nel terreno, diventando simbolo di stabilità e crescita. Osserva Brosse: «fin d'all'origine il destino degli uomini fu associato a quello degli alberi con legami talmente stretti e forti che è lecito chiedersi che cosa ne sarà di un'umanità che li ha brutalmente spezzati»⁷⁵.

L'osservazione di Brosse porta a ricordare come in quasi tutte le tradizioni si trovi il mito dell'albero cosmico. Nella mitologia nordica, in particolare, il frassino Yggdrasill, con la sua maestosa verticalità, assicurava il nesso tra l'universo e i baratri ctoni: era il collegamento tra la dimora celeste degli dèi e la terra, dove vivono gli uomini e sotto la quale si trovavano gli dèi degli inferi, i giganti primordiali e gli antenati umani.

Quasi ovunque, nella mitologia dell'albero, si palesa, inoltre, la componente dell'acqua sotterranea⁷⁶. Anche in *Genesi* si narra di un albero che cresce al centro del giardino dell'Eden, il quale richiama la tradizione dell'albero mesopotamico. E anche in questo caso, quattro fiumi nascono dalle sue radici e irrigano il paradiso terrestre.

Presso Yggdrasill vi sono le Norne, tre filatrici. Appare evidente la similitudine con le Moire e le Parche, rispettivamente della mitologia greca e di quella latina, ma anche con la ninfa *Egeria*, la quale, nel bosco sacro di Nemi, detta le leggi al re Numa Pompilio. Nella mitologia nordica, le Norne, sono anch'esse a custodia delle leggi e dei costumi arcaici⁷⁷. Albero e fiducia, stabilità e legge.

⁷⁴ Plinio, *Storia Naturale* (XVI, 249-251).

⁷⁵ J. Brosse, *Mythologie des arbres*, trad. it *Mitologia degli alberi*, Bologna, Rizzoli, 2020, p. 9.

⁷⁶ L'acqua è di per se un simbolo primigenio. Essa precede la creazione e la ritroviamo in quasi tutte le tradizioni del mondo. Così Panikkar. *L'arte del simbolo*, cit., p. 125.

⁷⁷ Brosse, *Mitologia degli alberi*, cit., p. 25.

Collocata presso la prima radice del frassino, Urdhr, la più vecchia delle Norne, rappresenta il Destino e veglia sul pozzo da cui attinge acqua per irrorare le radici del frassino. Ciò che viene immerso in quest'acqua ritorna bianco, come la membrana del guscio dell'uovo: quella di Urdhr è fonte dell'eterna giovinezza, è acqua e quindi *humus* di cui sono forgiati tutti gli esseri viventi. È perciò, pur provenendo dal regno dei morti, simbolo di rinascita.

L'albero cosmico è, dunque, un archetipo. Ha la forza del simbolo. Deriva dall'intuizione e non dal ragionamento. Lo prova il fatto che tale simbologia, come ricorda Panikkar⁷⁸, sia trasversale e presente in forme simili nell'ambito di culture che non potevano comunicare tra loro.

Il mito dell'albero svela il senso del mondo. «Per molto tempo – osserva ancora Brosse – l'uomo è vissuto in tale simbiosi con l'albero, protettore responsabile della sua alimentazione, da aver l'impressione di derivare da lui la sua esistenza, da vedere nell'albero l'origine stessa dell'universo»⁷⁹.

Si comprende allora come la parola che designa la fiducia – *trust* – sia strettamente associata all'albero, alla relazione simbiotica che con esso intrattiene l'uomo, il quale dall'albero tutto riceve e all'albero si affida. Sulla base di queste considerazioni si può giungere ad affermare che la parola “*trust*” esprima la *fiducia* in senso fondativo. L'imponenza e la staticità dell'albero, capace di sopravvivere non ad un solo uomo ma a generazioni di uomini, esprimono la stabilità e la solidità di una forma di fiducia che si assume capace di perdurare nel tempo.

Merita ora attenzione l'altra parola che, nel contesto delle fonti sovranazionali, esprime la fiducia: “*confidence*”.

Alla famiglia terminologica della fiducia intesa come *confidence* appartengono le parole *fede*, *faith* (in inglese), *affidamento*, *confidenza*, *fedeltà*, *federazione*, *confederazione*. L'insieme di tali parole rimanda ad altra e diversa radice PIE – **bheidh* – che esprime un concetto dinamico di *attesa*. Da essa deriverebbe il verbo “to wait” (attendere). Nella federazione sussiste la volontà di mantenere un patto nel tempo. Nell'affidamento e nella confidenza⁸⁰ ci sono aspettative da nutrire e che si alimentano anch'esse di azioni protrate nel tempo. Il *confidare* – dimensione diacronica della fiducia – si nutre del “principio di speranza” di Ernst Bloch.

In definitiva, a differenza della fiducia associata simbolicamente all'albero dalla radice PIE **deru*, il concetto di fiducia associato alla famiglia lessicale che origina dalla radice PIE **bheidh* esprime un'aspettativa, è correlato alla speranza. Perciò ben si presta a esprimere anche il senso della *fede*.

⁷⁸ Panikkar, *L'arte del simbolo*, cit., p. 38.

⁷⁹ Brosse, *Mitologia degli alberi*, cit., p. 37.

⁸⁰ Sul tema si rinvia a R. Panikkar, *La confidenza. Analisi di un sentimento*, Jaca Book, Milano, 2013.

Dalle indicazioni della linguistica comparativa emergono, in definitiva, due proiezioni di significato della fiducia: una *statica*, associata al mito dell'albero, l'altra *dinamica*, correlata alla dimensione anche spirituale dell'attesa.

Concludo con un'osservazione di Ivano Dionigi: «le parole, cariche di storia e di tradizione, ci consentono di fare pace con il tempo»⁸¹. È possibile ora fare un passo avanti e cercare di individuare, nei limiti consentiti da questa riflessione, una paradigmatica della fiducia nel sistema penale.

4. *Quarto quadro: una paradigmatica della fiducia nel sistema penale*

Le origini remote della parola fiducia – declinata nei significati presenti nella lingua inglese – e le accezioni in cui *trust* e *confidence* compaiono, seppur non frequentemente, nella trama lessicale delle fonti sovranazionali, porta ad affermare che la fiducia riveste un ruolo rilevante nella “realità effettuale” del sistema giuridico.

Ciò consente di delineare una paradigmatica della fiducia all'interno del sistema penale articolata sugli elementi che compongono la c.d. “molecola criminale”: la tipicità del fatto, l'autore del reato, la vittima, la comunità e le agenzie del controllo formale.

4.1. La fiducia è rilevante anzitutto in relazione alla *tipicità* del fatto, con particolare attenzione al bene giuridico, alle modalità dell'azione e all'oggetto materiale della condotta.

Nel diritto penale sostanziale, la fiducia si pone anzitutto come un *bene giuridico* da tutelare: si pensi ai reati contro la fede pubblica, che includono le fattispecie incriminatrici di falso, all'abuso di professione o al millantato credito ma anche al delitto di infedeltà patrimoniale (art. 2634 c.c.). Anche nell'appropriazione indebita, la fiducia è elemento implicito nel rapporto di possesso. Patrocinio infedele e rivelazione di segreto professionale sono reati che hanno, a monte, una relazione tra professionista e cliente basata sulla fiducia.

La violazione della fiducia costituisce, inoltre, un elemento atto a consentire la *modulazione della gravità dell'offesa*. Basti pensare alle aggravanti del furto che prevedono l'uso del mezzo fraudolento (art. 625 n. 2 c.p.) e l'esposizione delle cose alla pubblica fede (art. 625 n. 7 c.p.); oppure alle aggravanti dell'omicidio, quando assume la connotazione criminologica del delitto di relazione (violazione della fiducia nelle relazioni strette, di cui parla la Direttiva 2012/29/UE e riscontrabile nelle aggravanti di cui all'art. 577 c.p.); o, infine, all'uso del mezzo insidioso o venefico.

La violazione della fiducia può essere altresì *elemento qualitativo della*

⁸¹ Dionigi, *Benedetta parola*, cit., p. 22.

condotta, laddove assume la coloritura della fraudolenza (si pensi ai reati contro il patrimonio con componente fraudolenta, come la truffa, o alla circoscrizione di incapace).

Infine, processualmente, fiducia/sfiducia entrano nella componente valutativa del giudice rispetto al sequestro di cose o all'opzione per la custodia cautelare.

4.2. Le dinamiche fiduciali sono rilevanti anche in relazione all'*autore di reato*, al suo ruolo processuale, alle strategie difensive, al suo percorso esecutivo della pena custodiale. Al presunto autore di reato la fiducia può essere *data* – secondo meccanismi che riposano su scelte politico-criminali orientate alla deflazione, alla riduzione del ricorso alla pena detentiva, al diritto penale minimo⁸² – ma può essere *tolta*, quando la sfiducia entra nella componente valutativa e decisionale del giudice in modo pregiudizievole per l'imputato o per il condannato.

Il principio di presunzione di innocenza funge da vettore di fiducia nella fase delle indagini e sino alla condanna definitiva. In contrasto, la custodia cautelare si fonda sulla sfiducia motivata dal rischio di dispersione probatoria, pericolo di fuga o reiterazione dell'illecito.

La sospensione del processo con messa alla prova e gli altri istituti di *probation* (si pensi all'affidamento in prova ai servizi sociali) sono vettori di fiducia⁸³, mentre la condanna a pena detentiva e la stigmatizzazione che si associa all'esecuzione della sanzione penale comunicano alla collettività sfiducia verso il condannato. Un temperamento alla sfiducia veicolata dal binomio processo-pena è offerto, in sede esecutiva, dagli interventi terapeutico-trattamentali che, nell'ottica della rieducazione⁸⁴ e del contenimento della recidiva, immettono una quota di fiducia nella capacità del destinatario delle misure di superamento dei fattori criminogenetici e di reinserimento sociale⁸⁵.

Infine, le misure di prevenzione – che però sono “altro” dal diritto penale classico – rappresentano l'apoteosi della sfiducia: in siffatto contesto, i retaggi criminologici delle cosiddette “classi pericolose” si legano a strategie di prevenzione della delittuosità tramite la limitazione di diritti⁸⁶.

⁸² V. A. Cadoppi, *Il “reato penale”. Teorie e strategie di riduzione della criminalizzazione*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2022.

⁸³ Ma v. le osservazioni di L. Bartoli, *La sospensione con messa alla prova: l'ambiguità come paradigma*, in D. Castronuovo, D. Negri (a cura di), *Forme, riforme e valori per la giustizia penale futura*, Napoli, Jovene, 2023, pp. 427-437.

⁸⁴ In argomento, A. Menghini, E. Mattevi (a cura di), *La rieducazione oggi. Dal dettato costituzionale alla realtà del sistema penale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022.

⁸⁵ F. Delvecchio, *Presunzioni legali e rieducazione del condannato*, Torino, Giappichelli, 2020.

⁸⁶ In argomento, F. Basile, E. Zuffada, *Manuale delle misure di prevenzione. Profili sostanziali*, Torino, Giappichelli, 2021.

4.3. Anche nei confronti della *vittima* si pone una questione cruciale di fiducia, che può essere concessa, abusata o violata.

In primo luogo, la fiducia può essere carpita o estorta, come avviene nel caso delle vittime vulnerabili o particolarmente vulnerabili, la cui disposizione d'animo all'affidamento ad altri, in ragione della loro fragilità, può essere più facilmente manipolata.

In secondo luogo, la fiducia delle vittime può venir meno o vacillare nei confronti della capacità del sistema di offrire protezione e sostegno. Ciò è tipico dei reati di concussione, estorsione o correlati alla criminalità organizzata, soprattutto se di stampo mafioso, in cui le vittime sono spesso minacciate, intimidite, inibite e quindi “mute”; è facile immaginare come la sfiducia nel sistema penale e nei suoi meccanismi di protezione sia un fattore atto a condizionare sfavorevolmente la propensione alla denuncia, contribuendo a elevare la cifra nera del crimine.

Per le vittime, la fiducia intesa come *trust* è spesso *oggetto di violazione*, mentre la fiducia intesa come *confidence* rappresenta un *bisogno fondamentale*. In breve: la *fiducia violata* attraverso il reato richiede, da parte delle vittime, un *atto di affidamento* nei confronti della giustizia. La capacità delle agenzie del controllo formale di rispondere adeguatamente ai bisogni e alle aspettative delle vittime è essenziale⁸⁷, sia per ripristinare o mantenere la fiducia di queste ultime nel sistema⁸⁸, garantendo loro il sostegno e la protezione necessari per affrontare le conseguenze del reato subito, sia per rafforzare la fiducia della collettività nella capacità istituzionale di contenimento e repressione del crimine.

4.4. Nei confronti della *comunità*, la fiducia e la sfiducia si caratterizzano per un andamento sinusoidale e fluttuante, alimentato non tanto da una corretta consapevolezza della grandezza empirica del fenomeno criminale, quanto da timori talvolta irrazionali o da aspettative irrealistiche che conducono alle istanze per la “tolleranza zero”, aventi l'implausibile obiettivo di eradicare la criminalità.

Le c.d. “criminologie della vita quotidiana” tendono a generare una sfiducia generalizzata, creando una percezione diffusa di insicurezza anche in assenza di dati concreti che le giustifichino. Il fenomeno è, paradossalmente, amplificato dalle “criminologie dell'altro”, dove la fiducia è riservata al normotipo, ossia all'individuo che rispetta le norme sociali convenzionali, men-

⁸⁷ Cfr. A. Dal Bianco, G.A. Lodigiani, G. Mannozi, S. Marcolini, V. Molteni, C. Perini, G. Ripamonti (a cura di), *La tutela delle vittime di reato in Lombardia. Rilevazioni empiriche. Mappatura delle attività di protezione e supporto. Strategia di intervento*, Torino, Giappichelli, 2024.

⁸⁸ Pulitanò, *Potere, diritto, fiducia*, cit., p. 64.

tre chiunque si discosti da tale modello viene visto con sospetto e, appunto, con sfiducia.

La macchina mediatica⁸⁹ riveste un ruolo importante nella costruzione della sfiducia collettiva⁹⁰. La percezione di un'emergenza immigrazione, ad esempio, spesso non supportata da riscontri empirici, può essere amplificata dai *media*, contribuendo a un clima di paura e insicurezza. Tale fenomeno non solo distorce la realtà ma alimenta sentimenti di sfiducia reciproca all'interno della comunità, che potrebbero condurre ai c.d. crimini d'odio. Allo stesso modo, l'irrazionale percezione degli effetti deterrenenti degli inasprimenti di pena conduce a richieste tanto irrazionali, quanto inutili di nuovi "pacchetti sicurezza" e di progressivi inasprimenti delle sanzioni. Il bisogno emotivo di pena emerge come una richiesta di assicurazione e la politica penale diventa strumento di ingegneria sociale, sovvertendo la relazionalità tra *mezzo* e *fine*⁹¹.

Proprio le istanze di assicurazione si legano ad un eccesso di fiducia – o meglio da un atteggiamento quasi *fideistico* – verso il sistema penale quale strumento per mantenere l'ordine sociale⁹². Da un punto di vista "interno", secondo la prospettiva di Hart, il bisogno di pena riflette tuttavia la fiducia che la comunità ripone nelle norme penali come strumenti essenziali per la protezione dalla violenza⁹³, capace di minare le condizioni essenziali di vita associata – e la coesione sociale.

In sintesi, la fiducia e la sfiducia della comunità verso il "penale" non sono statiche ma fluttuano in risposta a una serie eterogenea di fattori economico-sociali, culturali e di condizionamenti mediatici. Comprendere tali dinamiche è fondamentale per sviluppare strategie efficaci volte a promuovere una fiducia il più possibile "informata" e razionale nella giustizia e nelle istituzioni.

5. Giustizia penale e giustizia riparativa: dinamiche fiduciali opposte

Qualche osservazione conclusiva va dedicata al confronto tra le dinamiche fiduciali che caratterizzano la *giustizia penale* (per il tramite della sinergia tra diritto sostanziale e diritto processuale) e la *giustizia riparativa* (paradigma ontologicamente alternativo a quello penale, guidato da principi, valori e metodi peculiari).

⁸⁹ Già nel 2005 il fenomeno veniva evidenziato in G. Forti, M. Bertolino (a cura di), *La televisione del crimine*, Milano, Vita e Pensiero, 2005.

⁹⁰ C.E. Paliero, *L'economia della pena. Un work in progress*, in «Riv. it. dir. proc. pen.», 48(4), 2005, pp. 1336-1401.

⁹¹ Paliero, *Il Mercato della Penalità*, cit., *passim*.

⁹² Come possibile sviluppo di queste considerazioni v. M. Galli, N. Recchia (a cura di), *Gli effetti collaterali delle scelte di criminalizzazione*, Editoriale Scientifica, 2023.

⁹³ L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, Laterza, 1989, p. 139 ss.

La giustizia penale genera percorsi che muovono dalla fiducia – la presunzione di innocenza – per arrivare alla sfiducia, condensata nella stigmatizzazione sociale derivante dalla pena criminale, quando ad essa si riconosce una funzione “espressiva”⁹⁴. Alla base del sistema giuridico-penale vi sono principi garantisti che coagulano la fiducia collettiva nella correttezza e nella giustizia del processo⁹⁵, dove diverse figure istituzionali ricoprono un ruolo cruciale nell’accertamento della verità. Il processo evidenzia differenti modulazioni della perenne tensione tra fiducia e sfiducia.

La sfiducia del sistema nella capacità di difesa e nell’uso delle parole da parte dell’imputato – dinamica ben illustrata da Gide nei *Ricordi della Corte di Assise*⁹⁶ – comporta il riconoscimento, a quest’ultimo, di una serie di diritti, tra i quali quello di non rispondere e persino il diritto di mentire.

Viene invece risposta fiducia nel testimone, al quale è richiesto di dire la verità, contribuendo così a costruire un quadro realistico dei fatti. Il perito, figura esperta chiamata a esprimere un giudizio tecnico, incarna la fiducia nella scienza. La sua perizia si basa su conoscenze scientifiche e tecniche ed è perciò considerata attendibile e imparziale.

L’epilogo del processo è la sentenza. Essa non esclude il permanere del dubbio nella collettività sulla sua correttezza e capacità di ricostruire la verità, sia pure relativa e processuale (il che avviene, ad esempio, quando le parti chiedono l’applicazione di una pena “patteggiata”). Se l’esito del processo è la condanna, il sistema penale, che ha preso le mosse da un atteggiamento garantista di fiducia verso l’accusato, diventa vettore di sfiducia per i noti effetti di etichettamento sociale della pena detentiva⁹⁷. Sullo sfondo, resta la sfiducia che la società manifesta verso il “legno storto dell’umanità” e in particolare verso chi ha già commesso un reato.

La giustizia riparativa, considerata nel suo complesso, promuove e si alimenta di dinamiche fiduciali opposte rispetto a quelle del sistema penale.

Accedere a un percorso di giustizia riparativa muove da una sfiducia iniziale sull’innocenza dell’accusato. Per poter prendere parte a un percorso di giustizia riparativa, si richiede, infatti, alla persona indicata come responsabile dell’offesa l’ammissione dei fatti essenziali, o quanto meno la non contestazione.

⁹⁴ J. Feinberg, *The Expressive Function of Punishment*, «The Monist», 49(3), 1965, pp. 397-423. Interessanti i legami tra stigmatizzazione e “censure”, per i quali si rimanda a A. von Hirsh, *Censure and Sanctions*, Oxford, Oxford Univ. Press, 1993. Da ultimo, A. Nisco, *Teorie espressive della pena: un’introduzione critica*, Torino, Giappichelli, 2024.

⁹⁵ Pulitanò, *Potere, diritto, fiducia*, cit., p. 62.

⁹⁶ A. Gide, *Souvenirs de la Cour d’Assises*, Paris, Gallimard, 1924, trad. it. *Ricordi della Corte d’assise*, Palermo, Sellerio, 1994.

⁹⁷ N. Walker, *Punishment. Danger & Stigma. The Morality of Criminal Justice*, Oxford, Oxford Univ. Press, 1980.

Nell'espletamento dei percorsi di giustizia riparativa si apre una fase in cui la chiara illustrazione del metodo prescelto e delle regole per prendere parte al percorso da parte del mediatore, inclusa la comunicazione esaustiva delle garanzie (tra le quali il divieto di utilizzabilità delle dichiarazioni delle parti), dovrebbero creare, un ambiente sicuro, nel quale la fiducia delle parti viene generata e mantenuta proprio grazie al ruolo del mediatore. Lo *storytelling* ha un valore essenziale nel contesto di una fiducia "in costruzione": esso richiede, a monte, una disposizione d'animo favorevole e fiduciosa nel valore della parola narrata e indirizzata, ma anche nelle possibilità del silenzio, che può rivelarsi un formidabile generatore di fiducia per il tramite della creazione di un clima di rispetto favorevole all'ascolto attento e attivo.

In definitiva, nel contesto dei percorsi di giustizia riparativa, l'autore del reato è visto con fiducia quanto alla capacità di elaborazione del vissuto, di dialogo, di riconoscimento della propria responsabilità, di un gesto di scuse o di riparazione verso la vittima o la comunità. Quest'ultima svolge un doppio ruolo, potendo essere sia *attore* dei percorsi di riparazione, sia *destinatario* di politiche di riparazione, e diventando, in tal modo, vettore di una rinnovata fiducia nella possibilità della riconciliazione e di ricostruzione dei legami sociali.

6. Una domanda per concludere

A valle delle riflessioni condotte attraverso i quattro "quadri" della fiducia (la centralità del *logos*, le funzioni della parola giuridica, le origini antropologiche del lessico specialistico, le norme) più che una conclusione sento la permanenza di una domanda, destinata, forse, a restare aperta e irrisolta: quale visione della fiducia c'è alla base della penalità? È dalla risposta che sapremo costruire (prima ancora che individuare) – perennemente sospesa tra il "principio di responsabilità" e il "principio di speranza" – che dipendono le variazioni della fiducia, date dalla capacità individuale e collettiva di sentire quest'ultima come un *albero* e di viverla come *attesa*.

Concludo perciò con le parole di Mirelle Delmas-Marty: «Spetterà forse a questo diritto in divenire (...) riconciliare i due principi, in modo che la paura diventi solidarietà di fronte al rischio e che la responsabilità si apra alla speranza»⁹⁸.

⁹⁸ Delmas-Marty, *La bussola dei possibili*, cit., p. 49.

Storie del diritto

Andrea Raffaele Amato

Due anime del *Realismo giuridico italiano*: l'ammissibilità della fiducia testamentaria in una celebre controversia tra Emanuele Gianturco ed Enrico Cimbali negli anni Ottanta dell'Ottocento

1. *Al di là della tela: Fiducia testamentaria e prospettiva realista in Les oiseaux de proie (Le Testament) di Alexandre Struys*

Camminando per gli splendidi saloni del Palazzo d'Inverno, oggi sede del prestigioso Museo statale Ermitage di San Pietroburgo, potrebbe capitare di imbattersi, del tutto casualmente, tra le oltre duecentocinquantamila opere d'arte esposte al pubblico – accanto a ben più celebri capolavori di da Vinci, Raffaello, Caravaggio, Rembrandt, Monet, Cézanne, Van Gogh, Picasso e molti altri – nel quadro scandaloso, e dalle sfumature raccapriccianti, di un anonimo pittore realista¹ fiammingo, un tale Alexander Struys², intitolato

¹ Sul realismo nell'arte dalle prime avanguardie di Gustave Courbet, nella Parigi della seconda metà dell'Ottocento, fino alla pittura socialista-sovietica della prima metà del Novecento vedi A. Negri, *Il realismo. Da Courbet agli anni Venti*, Roma-Bari, Laterza, 1989; L. Nochlin, *Il realismo nella pittura europea del XIX secolo*, Torino, Einaudi, 2003; A. De Paz, *Realismo. Situazioni e poetiche artistiche dell'Ottocento europeo fra natura, società e storia*, Napoli, Liguori, 2009; N. McWilliam, C. Méneux, J. Ramos (a cura di) *L'Art social de la Révolution à la Grande Guerre: Anthologie de textes sources*, Paris-Rennes, Publications de l'Institut national d'histoire de l'art/Presses universitaires de Rennes (PUR), 2014; B. Röhr, *Storia del Realismo nelle arti visive*, 3 vol., Roma, Carrocci, 2021, vol. I: *1830-1917*. Il realismo come corrente artistica venne anticipati di qualche decennio dal realismo letterario – noto anche come naturalismo o verismo, a seconda dei contesti culturali e geografici di riferimento – che fu l'originale matrice intellettuale dell'intero movimento in Francia come nel resto d'Europa. Sul punto vedi E. Auerbach, *Mimesis: Il realismo nella letteratura occidentale*, Torino, Einaudi, 2000; E. Ghidetti, *L'ipotesi del realismo: storia e geografia del naturalismo italiano*, Milano, Sansoni, 2000; L. Mittner, *Storia della letteratura tedesca. III: Dal realismo alla sperimentazione (1820-1970)*, Torino, Einaudi, 2002; F. Bertoni, *Realismo e letteratura. Una storia possibile*, Torino, Einaudi, 2007; R. Luperini (a cura di), *Il verismo italiano fra naturalismo francese e cultura europea*, San Cesario di Lecce, Manni, 2007.

² Alexander Theodore Honoré Struys fu un pittore belga, autore di ritratti e scene di genere, considerato tra i maggiori esponenti del movimento della cd. *Peinture naturaliste sociale*, attivo tra la fine del XIX e i primi decenni del XX secolo, e divenuto celebre per le sue raffigurazioni, piuttosto crude, della povertà e della miseria nei contesti cittadini e delle periferie industriali. Figlio di un antiquario olandese, Struys nacque il 4 gennaio del 1852 a Berchem, un piccolo villaggio oggi parte della periferia di Anversa. Indirizzato agli studi artistici sin dall'età di sei anni, fu prima allievo del



Alexander Struys, “*Les Oiseaux de proie (Le Testament)*” o “*Birds of Prey (The Will)*”, 1876, Olio su tela, 160x135 cm, Museo statale Ermitage, San Pietroburgo, Russia <<https://www.hermitagemuseum.org/wps/portal/hermitage/digital-collection/01.+paintings/30829>>.

provocatoriamente *Les Oiseaux de proie (Le Testament)*, anche se il titolo originale dell'opera, quando fu presentata per la prima volta, era, molto più violentemente, *God is dood* (tradotto dall'olandese "Dio è morto"). Realizzato nel 1876, quando Struys era poco più che ventenne, e non vantava ancora quella fama che gli varrà il soprannome di «*peintre de la misère nationale*»³ – per le sue agghiaccianti rappresentazioni del disagio delle famiglie operaie nelle periferie industriali, della situazione di estrema povertà dei mendicanti agli angoli delle strade, delle condizioni di vita inaccettabili delle prostitute, degli emarginati, degli infermi o dei pazzi, che potevano trovarsi tra le case diroccate dei bassifondi o dei quartieri più malfamati delle città – il dipinto fu al centro di un grande scandalo, che scosse l'opinione pubblica belga, e spinse le autorità ad impedirne l'esposizione al Salone di Parigi del 1878⁴.

paesaggista Johannes Rutten, all'Accademia d'arte di Dordrecht, e poi dei pittori Polydore Beaufaux e Joseph Henri François van Lerijs, all'Accademia di belle arti di Anversa, dai quali apprese i canoni tipici della pittura storico-romantica fiamminga, di moda nella prima metà del XIX secolo tra i ricchi acquirenti borghesi. Nel 1871 fece la sua prima esposizione a Gand, in Belgio, con scarso successo, e nello stesso anno partì alla volta di Francia ed Inghilterra, con l'amico e collega Jan van Beers – figlio del più celebre poeta romantico fiammingo – per esporre i suoi quadri all'estero. Le mostre furono un fiasco, attirando sul giovane pittore lo sdegno dei critici borghesi, soprattutto a causa della scelta di soggetti miserabili, con ricavi dalla vendita delle opere a malapena sufficienti a consentirgli il rientro in Patria. Nel 1877, a seguito dello scandalo successivo all'esposizione di *Les Oiseaux de proie (Le Testament)*, Struys riuscì ad ottenere una nomina come professore all'Accademia delle belle arti di Wimar, dove ebbe come allievo l'espressionista tedesco Christian Rohlf, ma lasciò l'incarico nel 1882 per dedicarsi completamente alla pittura, trasferendosi prima all'Aia, e poi nel 1884 a Malines, nella provincia industriale di Anversa. Nella periferia cittadina Struys ritrovò finalmente nuove ispirazioni, dipingendo senza uno studio, e ritraendo i mendicanti agli angoli delle strade o le famiglie più povere di operai nelle loro case. Risalgono a questo periodo la maggior parte dei suoi quadri più struggenti, e nonostante la sua pittura fossero apertamente osteggiate dal governo cattolico, numerosi riconoscimenti internazionali non si fecero attendere: medaglia d'oro all'*Exposition universelle* di Paris del 1889, e ancora *Grand prix* all'*Exposition universelle* del 1900, sempre a Parigi. Nel 1902, Struys diventa membro della commissione amministrativa del Salone di Bruxelles, dove giovanissimo, con scarsi risultati, aveva esposto i suoi primi lavori, seguirono successivamente la nomina a vicepresidente della *Société royale des Beaux-Arts*, quella a membro dell'*Académie royale de Belgique* e, infine, quella dell'*Institut de France*, per i suoi meriti artistici, prima della morte avvenuta ad Uccle, piccolo comune fuori Bruxelles, il 25 marzo 1941. Sulla vita e l'opera di questo "sconosciuto" pittore belga, forse ingiustamente sottovalutato, non esiste una monografia di ampio respiro, ma bisogna rifarsi ai cenni a lui riservati sbrigativamente nei manuali generalisti sulla storia dell'arte realista belga. Molto più utili, per un'analisi approfondita, sono le fonti dell'epoca, tra le quali: E. Wesley, *Alexander Struys (Brussel, 17 December '93)* in «Elsevier's Geillustreerd Maandschrift», 1894, pp. 2-20; Max Rooses, *Oude en nieuwe kunst*, in «Uitgave van het willems-fonds», n. 143, 1896, pp. 205-220; F. Khnopff, *Alexandre Struys, a Belgian Painter*, in «The Studio», vol. 41, n. 174, 1907, pp. 283-287.

³ L'epiteto appartiene alla penna del giornalista, scultore e critico d'arte belga Achille Chainaye, che la utilizzò ironicamente, ma con profonda ammirazione, in un suo articolo, apparso sul quotidiano *La Réforme* del 6 agosto 1888, a proposito di *The Breadwinner* (1887), quadro sconcertante rappresentante un padre di famiglia proletario, rimasto infermo presumibilmente a causa di un grave infortunio sul lavoro, che veniva imboccato da una donna. L'opera fu presentata da Struys all'esposizione triennale di Anversa di quell'anno, scatenando un certo clamore sulla stampa dell'epoca a causa della smorfia di disgusto comparsa sul volto di re Leopoldo II, durante la sua visita di inaugurazione della mostra.

⁴ F. Khnopff, *Alexandre Struys, a Belgian Painter*, cit., p. 287.

La motivazione di tanto clamore, si spiega per il soggetto sconcertante scelto dall'artista per la sua tela, che raffigura in primo piano due preti nell'atto di costringere un vecchio moribondo – che giace disteso sul suo letto di morte – a stilare un testamento olografo, guidando la sua mano inerte su un foglio di carta bianco. Il quadro, dai colori cupi e dai toni terrificanti, era il frutto di una provocazione personale, diretta dall'artista contro i chierici gesuiti che avevano convinto il ricco zio, in punto di morte, a lasciare tutto il suo patrimonio alla loro confraternita⁵, e che, in quel delicato momento della storia politica belga, si era trasformato – probabilmente del tutto inconsapevolmente – in una tremenda arringa per denunciare l'avarizia e il malaffare del clero cattolico, spalancando gli occhi dell'opinione pubblica sulla provenienza di parte dei mezzi di finanziamento con cui si sosteneva il partito cattolico belga⁶, in rapida ascesa politica negli anni Settanta dell'Ottocento, a discapito dei liberali al Governo⁷ e delle loro timide iniziative sociali⁸.

Tralasciando in questa sede la polemica anticlericale⁹ – che fa da protagonista indiscussa – l'osservazione del controverso dipinto di Struys ci consente di riflettere da due punti di vista diversi sull'oggetto di queste pagine. Da una parte, infatti, il quadro è perfettamente evocativo della questione giuridica – le disposizioni testamentarie fiduciarie – al centro della controversia presa in considerazione, di cui ci mostra la forma di abuso più pericolosa e temuta, senza dubbio estremizzata, ma non per questo completamente surreale per l'epoca. Dall'altro, riflettendo sul movimento artistico e culturale di cui l'opera è espressione – il realismo – possiamo provare a ripensare una categoria dell'ermeneutica storico-giuridica con la quale comunemente viene affronta-

⁵ *Ibidem*.

⁶ A. Simon, *Le parti catholique belge: 1830-1945*, Bruxelles, La Renaissance du Livre, 1958; E. Lamberts, J. Lory (a cura di), *1884 : un tournant politique en Belgique*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 1986; e in particolare J.-L. Soete, *Les catholiques et la question du programme (1878-1884)*, Ivi, pp. 45-68; Id, *Structures et organisations de base du parti catholique (1863-1884)*, Leuven, Peeters, 1996; E. Lamberts, *L'influence du catholicisme politique sur la société belge (1830-1995)*, in «Chrétien et sociétés», n. 5, 1998, pp. 7-30.

⁷ M. Michaux, *Les libéraux belges dans l'opposition (1870-1878). Crise d'un parti politique et sous-champ littéraire*, in «CONTEXTES», n. 16, 2015, pp. 1-35.

⁸ Si pensi al destino dell'*Avant-projet de révision du code civil belge*, la cui redazione era stata affidata al celebre esegeta dell'Università di Gent François Laurent, ed il cui riformismo era chiaramente ispirato da una autentica cultura solidarista. Come noto, con l'arrivo dei Cattolici al governo, a seguito delle elezioni del giugno 1884, il progetto di Laurent, considerato eversivo, fu prontamente affondato, insieme alle restanti timide iniziative di legislazione sociale dei liberali. Cfr. E. Bruyère, M. van der Haegen, *De Invloed van Het Burgerlijk Wetboek van 1838 Op Het Avant-Projet van François Laurent: Geschiedenis van Een Juridische Kruisbestuiving*, in «Pro Memorie», vol. 18, n. 2, 2016, pp. 193-210.

⁹ Sul sentimento anticlericale nell'opinione pubblica belga tra Otto e Novecento si vedano le riflessioni di J. Stengers, E. Gubin, *Histoire du sentiment national en Belgique des origines à 1918*, 2 voll., Tomo 2: *Le grand siècle de la nationalité belge: de 1830 à 1918*, Bruxelles, Édition Racine, 2002.

to lo studio del pensiero giuridico tra Otto e Novecento, integrandola con una che ha una valenza più squisitamente culturale¹⁰.

Ad un primo sguardo, infatti, il tema della narrazione artistica – a partire dal sottotitolo che il giovane pittore fiammingo sceglie per la sua tela – ruota intorno all'atto giuridico testamento, considerato fin dall'antichità romana¹¹ come il più «formidabile strumento di affermazione della volontà del *de cuius*, messo a disposizione del *civis* dall'ordinamento»¹². Senza il *Testament*, che gli assicurava il patrimonio del defunto, infatti, i due *Oiseaux de proie* si sarebbero trovati senza una carcassa da spolpare. Tuttavia, dopo le leggi eversive e la soppressione degli enti ecclesiastici e delle corporazioni religiose¹³ – introdotte successivamente alla Rivoluzione francese, in Italia come in

¹⁰ L'approccio cui facciamo riferimento (e adesione), è quello della *Legal Culture* promosso in territorio anglosassone da P. Legrand, *The Same and the Different*, in P. Legrand, R. Munday (a cura di), *Comparative Legal Studies: Traditions and Transitions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, p. 240-311; e poi ripreso ed approfondito in prospettiva comparatistica da R. Cotterrell, *Comparative Law and Legal Culture*, in M. Reimann, R. Zimmermann (a cura di), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2019, pp. 710-733; e U. Mattei, *Comparative Law and Critical Legal Studies*, Ivi, pp. 805-825. Nella storiografia giuridica francese la definizione di un simile approccio ha trovato spazio nelle pagine introduttive di S. Dauchy, *Ouverture: Histoires des cultures juridiques*, in «Clio@Themis», 2, 2009, pp. 1-3; per poi essere teorizzato più compiutamente da J.-L. Halpérin, *L'idée de culture juridique française est-elle utile au droit comparé?* in B. Fauvarque-Cosson (a cura di), *Le droit comparé au XX^e siècle. Enjeux et idées*, Parigi, Société de législation comparée, 2015, p. 155-167; e F. Audren, *Introduction: l'histoire intellectuelle du droit ou la fin du «Grand partage»*, in «Clio@Themis», n. 9, 2015, pp. 1-6; F. Audren, J.-L. Halpérin, *De l'histoire de la culture juridique française à une approche culturelle du droit*, in A.-S. Chambost (a cura di), *Approches culturelles des savoirs juridiques*, Parigi, Lextenso, 2020, p. 15-25; e che più di recente ha rappresentato il fondamento per Id., *La culture juridique française. Entre mythes et réalités (XIX^e-XX^e siècles)*, Parigi, CNRS Éditions, 2022. Quanto all'Italia, questo stesso approccio era autorevolmente rappresentato dall'ermeneutica storiografico-giuridica di G. Tarello, *Storia della cultura giuridica moderna. Assolutismo e codificazione*, Bologna, il Mulino, 1973, pp. 5-11. Per un raffronto dell'esperienza francese con quella italiana, vedi da ultimo G. M. Labriola, *Per una storia della cultura giuridica. Riflessioni su un canone complesso tra Francia e Italia*, in «Historia et ius», n. 10, 2016, paper 18, pp. 1-15.

¹¹ Sul testamento in diritto romano vedi C. M.A. Rinolfi, *Testamentorum autem genera initio duo fuerunt: nam aut calatis comitiis testamentum faciebant... aut in procintu. Testamenti, diritto e religione in Roma antica*, Torino, Giappichelli, 2020; sullo stesso tema, con una proiezione sul diritto medievale e sull'Età moderna vedi F. Treggiari, *Storia del testamento fiduciario, I. Diritto romano e diritto comune*, 2^a ed. riveduta, Perugia, Margiacchi-Galeno, 2009.

¹² G. Rossi, *Alla ricerca della volontà del testatore. La moglie «domina et usufructuaria» nella interpretatio dei giuristi di diritto comune*, in M. Bassano et. al. (a cura di), *La volontà Italie-France Allers-Retours*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse Capitole, 2023, p. 65.

¹³ Sulla vicenda italiana in Età liberale vedi A.C. Jemolo, *La questione della proprietà ecclesiastica nel Regno di Sardegna e nel Regno d'Italia (1848-1888)*, Bologna, il Mulino, 1974; e più di recente C. Bersani, *Il pluralismo dei soggetti. Modello dell'opera pia e disciplina della personalità giuridica dai codici preunitari all'unità*, Giuffrè, Milano, 1997, pp. 171-182; G. L. Corradi, Z. Ciuffoletti (a cura di), *La soppressione delle corporazioni religiose e la liquidazione dell'asse ecclesiastico nell'Italia unita. Il caso toscano e le fonti archivistiche (1866-1867)*, Firenze, Mandragora, 2014; F. Campobello, *La Chiesa a processo. Il contenzioso sugli enti ecclesiastici nell'Italia liberale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane (ESI), 2017.

molti altri paesi d'Europa per contrastare il fenomeno del cd. asse ecclesiastico – la semplice disposizione testamentaria, da sola, non era più sufficiente a garantire alle istituzioni della Chiesa l'accesso diretto ai beni del *de cuius*, stante il difetto della personalità giuridica da cui erano affette, e che rappresentava il requisito imprescindibile per poter essere nominati successori.

Per questo motivo, allo scopo di eludere i divieti normativi, e la conseguente incapacità successoria¹⁴, i rappresentanti delle istituzioni ecclesiastiche avevano ricominciato a fare ricorso a quella prassi giuridica – ritenuta di antica tradizione romana, ma riscoperta e largamente utilizzata tra il Basso Medioevo e l'Età moderna¹⁵ – che, a partire dal XVII secolo, i giuristi avevano definito come «*testamento fiduciario*», contrapponendo quanto il testatore aveva esplicitamente disposto nella scheda testamentaria con la sua vera volontà rimasta segreta, ed affidata alle cure di un'erede designato, con il compito di trasferire o gestire l'eredità o il legato ricevuto, a vantaggio di un soggetto terzo non successibile – per legge o per pudore – che il più delle volte rimaneva segreto.

Si tratta tecnicamente di un «modo di successione indiretto, che fa perno sull'affidamento e sull'aspettativa di adempimento che il disponente ripone in una persona di fiducia (sua o del beneficiario)»¹⁶. È per questa ragione che il riferimento al testamento, in termini tecnici, «non è da riferire a particolari forme tipiche dell'atto di ultima volontà, determinanti per la sua validità» – che in concreto non differiscono in nulla da quelle di una qualsiasi altra scheda testamentaria comunemente redatta – «ma è da intendere in senso generico, come manifestazione anche solo “sostanziale” dell'ultimo volere» del *de cuius*, «essendo proprio la segretezza – e dunque l'illusione delle formalità legali dell'atto – a denotare la tipologia più caratteristica del negozio fiduciario a causa di morte»¹⁷. Ed è per lo stesso motivo che «la trama della fiducia successoria emerge all'osservazione quasi sempre e solo nel momento in cui il progetto volitivo del testatore entra in crisi» ed il diritto si trova di fronte «alla scelta di dettare regole per sovvenirla, apprestando rimedi contro la sua

¹⁴ Su questo *escamotage*, con argomentazioni a favorevole agli interessi della Chiesa, F. Passani, *Le istituzioni fiduciarie nel diritto civile italiano e la capacità di succedere delle associazioni religiose*, in «Rivista internazionale di Scienze sociali e discipline ausiliarie», XVII, vol. XLIX, fasc. CXCIV, 1909, pp. 342-379.

¹⁵ Quanto all'esperienza giuridica romana si veda di recente M. Milani, *La 'fiducia' in diritto romano. Atti costitutivi, causa, oggetto*, Napoli, Jovene, 2022; e i saggi raccolti in G. Guerrieri, et. al. (a cura di), *Fiducia e destinazione patrimoniale. Percorsi giuridici a confronto*, Bologna, Bononia University Press, 2022, pp. 11-32; sul modello romano, ma proseguendo la trattazione anche per il diritto comune e l'Età moderna F. Treggiari, *Minister ultimae voluntatis. Esegesi e sistema nella formazione del testamento fiduciario. I. Le premesse romane e l'età del diritto comune*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane (ESI), 2002.

¹⁶ F. Treggiari, *Minister ultimae voluntatis* cit., pp. 13-14.

¹⁷ Ivi, p. 14.

inesecuzione (ed è stata questa la sorte della fiducia successoria lungo l'età medievale e moderna) o per frustrarla, inibendone l'accertamento e la tutela a vantaggio di altri interessi e valori (ed è questo, in via di massima, l'orientamento prevalso nell'età della codificazione)»¹⁸.

In questi termini si pone anche la nostra controversia, che però merita un'attenzione particolare, rappresentando un vero e proprio *caso paradigmatico* del dibattito giuridico italiano di fine secolo. Non soltanto perché si colloca in quei «fertilissimi» anni Ottanta dell'Ottocento¹⁹ – crocevia del diritto civile tra moderno e post-moderno²⁰ – nei quali la «ventata, apparentemente improvvisa, non faceva che dischiudere le porte della cittadella giuridica a quell'invadente positivismo filosofico che dalle scienze mediche naturali era penetrato con facile conquista nelle scienze sociali e premeva sulla sguarnita muraglia di argilla tirata su dai poveri esegeti»²¹, ma anche perché vede contrapporsi, due giovanissimi protagonisti della scienza giuridica italiana del secolo, il lucano Emanuele Gianturco ed il siciliano Enrico Cimbali, che al nuovo metodo della filosofia positiva – sia pur declinandolo in maniera sensibilmente differente – fanno professione di fede²².

E pure, nonostante quest'assonanza metodologica e l'unità d'intenti che li contraddistingue, le loro conclusioni pratiche in tema di ammissibilità delle disposizioni fiduciarie nel diritto civile italiano si scopriranno diametralmente opposte, scontrandosi con il problema di capire se la fiducia, definita astrattamente in termini di coscienza e morale privata, possa trovare spazio nell'ordinamento codicistico, dando vita ad obbligazioni civili giuridicamente vincolanti – questa è l'opinione proposta da Gianturco – o, invece, debba

¹⁸ F. Treggiari, *L'oro e la coscienza* cit., p. 2.

¹⁹ Si vedano P. Grossi, *La scienza del diritto privato. Una rivista-progetto nella Firenze di fine secolo 1893-1896*, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 15-54; Id. *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860-1950*, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 13-37; G. Cazzetta, *Codice civile e identità giuridica nazionale. Percorsi e appunti per una storia delle codificazioni moderne*, 2^a ed. ampliata, Torino, Giappichelli, pp. 38-47 e 121-139.

²⁰ P. Grossi, *Il diritto civile in Italia fra moderno e postmoderno: Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*, Milano, Giuffrè, 2021, pp. 15-19.

²¹ P. Grossi, *Scienza giuridica italiana* cit., 2000, p. 14.

²² Oltre alla letteratura storico-giuridica citata, si rinvia a E. Cimbali, *Lo studio del diritto civile negli stati moderni: prolusione letta nella R. Università di Roma il 25 gennaio 1881*, Roma, Fratelli Bocca, 1881; ripubb. in Id., *Studi di dottrina e giurisprudenza civile*, Lanciano, R. Carabba, 1889, p. 3-33, e anche in Id., *Opere complete di Enrico Cimbali*, 6 voll., vol. III: *Studi di Diritto Civile*, 2^a ed., Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese (UTET), 1900, pp. 1-29; E. Gianturco, *Gli studi di diritto civile e la questione del metodo in Italia: considerazioni* in «Il Filangieri», VI, Parte I, 1881, pp. 722-744; ripubb. in Id., *Scritti vari (1880-1905)*, Napoli, Stab. Tip. Lanciano e Veraldi, 1906, pp. 74-105, e anche in Id., *Opere Giuridiche*, 3 voll., Roma, La Libreria dello Stato, 1947, vol. I, pp. 3-19; Per una ricostruzione più matura di questi discorsi sul metodo si vedano rispettivamente E. Cimbali, *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali: con proposte di riforma della legislazione vigente*, 4^a ed., in *Opere complete di Enrico Cimbali*, cit., 1907, vol. I, pp. 3-12; E. Gianturco, *Sistema di diritto civile italiano. Parte generale*, 3^a ed., Napoli, Luigi Pierro, 1909, pp. 7-81.

essere considerata come semplice vincolo morale, di cui il diritto tollera l'adempimento spontaneo, senza però invischiarsi nel rapporto intimo e segreto tra testatore ed onerato – e questa viceversa è l'opinione sostenuta da Cimbali.

Questo dilemma, e le sue strategie di risoluzione, che toccano il fondamento stesso della nozione di fiducia, come viene tradotta in termini giuridici, rappresenta il fondo della nostra controversia – al di là delle molte argomentazioni (giuridiche e non) sollevate dall'una e dall'altra parte, e della lettura che di questa polemica sarà data dagli spettatori contemporanei – e ci consente di provare a delineare, in maniera certo approssimativa ed embrionale, ma non per questo meno convincente, quei due grandi filoni che saranno gli autentici «caratteri originari e tratti permanenti»²³ della scienza giuridica italiana del secolo XX.

Il *Systema* di diritto civile a base codificata di ispirazione tedesca da una parte, incarnato nel metodo *storico-razionale* adoperato da Gianturco, con un'analisi normativa che tende però sempre verso un convinto Solidarismo²⁴, e che non nasconde qualche irritazione verso le derive proletarie del nascente Socialismo giuridico²⁵; ed il positivismo sociologico comtiano e il darwinismo sociale spenceriano²⁶ dall'altro – provenienti entrambi da ambienti culturali delle scienze sociali d'oltralpe – con il loro metodo rigorosamente *scientifico-sociale*²⁷, attraverso il quale Cimbali propone una riforma ed una reinterpretazione, in senso autenticamente solidarista, della legislazione civile vigente, cercando di tratteggiare quello che egli definiva un diritto *privato-sociale*²⁸.

²³ M. Sbriccoli, *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, Giuffrè, pp. 591-670.

²⁴ Su questo profilo del pensiero di Gianturco cfr. A. Rocco, *Emanuele Gianturco* in «La Basilicata nel mondo», III, n. 4, 1926, pp. 248-253; e anche in «Nuova Antologia», n. 61, fasc. 1307, Settima serie, vol. 249, della raccolta vol. 327, 1926, pp. 405-414; ripubb. in Id., *Studi di diritto commerciale ed altri scritti giuridici*, 2 voll., Roma, Società editrice del Foro italiano, 1933, vol. II, pp. 389-404.

²⁵ Su queste categorie dai contorni sfuggenti, sulla cui distinzione però è bene intendersi fin da subito vedi M. Stronati, voce «Il socialismo giuridico e il solidarismo», in *Enciclopedia Italiana di Scienze, Lettere ed Arti*, Appendice VIII: *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, 2012, pp. 405-412.

²⁶ R. Treves, *Sociologia del diritto: origini, ricerche, problemi*, Torino, Einaudi, 1987, pp. 30-67; e più di recente F. Ferrarotti, *Lineamenti di storia del pensiero sociologico*, Roma, Donzelli, 2002, pp. 19-52, 85-128; F. Boriani, *Introduzione al positivismo sociologico: in Francia, in Inghilterra, in Italia*, Milano, LED, 2002; A. Izzo, *Storia del pensiero sociologico*, 3 voll., vol. I: *Le origini*, Bologna, il Mulino, 2005; R. Varaldi, *Sociologia: dai classici alla modernità. Lineamenti di storia del pensiero sociologico*, Milano, FrancoAngeli, 2018, pp. 13-30.

²⁷ Cfr. A.-J. Arnaud, *Da giureconsulti a tecnocrati. Diritto e società in Francia dalla codificazione ai giorni nostri*, a cura di F. Di Donato, Napoli, Jovene, 1993, pp. 73-74.

²⁸ G. Solari, *Socialismo e diritto privato: influenza delle odierne dottrine socialiste sul diritto privato* (1906), Edizione postuma a cura di P. Ungari, Milano, Giuffrè, 1980, pp. 111-120.

Quest'ultimo riferimento alle grandi correnti di pensiero della scienza giuridica italiana tra Otto e Novecento, ci permette, a sua volta, di cogliere, un altro suggerimento – questa volta implicita – proveniente dal quadro di Struys. E questa non riguarda più la questione giuridica oggetto di studio, ma la categoria storiografica che utilizziamo comunemente per classificare indistintamente il pensiero ribelle e visionario di giuristi come Gianturco, Cimbali, Vadalà-Papale, D'Aguanno, Chironi, Filomusi Guelfi, Gabba, Polacco, Simoncelli, Vivante, Salvioli, e più in generale di tutta la parte più fervente della scienza giuridica italiana a cavallo tra la fine del XIX e gli inizi del XX secolo²⁹, anche oltre gli angusti confini del civile³⁰. Il riferimento è a quell'«indicazione imperfetta di un multiforme terreno»³¹, la *civilistica neo-terrica*³² – coniata dal genio di Paolo Grossi – che ha certamente il merito di essere riuscita a dare una parvenza di unità ad una «realtà non compatta», che si sostanzialmente in «una istanza di rinnovazione nei canoni metodici e nella visione del giurista e del suo ruolo che un gruppo variegatissimo di civilisti assorbe da un clima e da un'aria dove molti germi nuovi circolano portati da correnti ampie ed ariose», ma che – come ammetteva lo stesso Grossi – «pecca di vaghezza e genericità puntando il dito sul nuovo che affiora ma senza dare contenuti a questo nuovo»³³.

Forse, rinunciando a definire questa «multivocità espressiva»³⁴, partendo dal nuovo metodo di cui questi giuristi si fanno promotori – ma che ciascuno declina poi a modo suo, e con propri riferimenti dottrinali che differiscono sensibilmente gli uni dagli altri, rendendoli di fatto difficilmente conciliabili sotto una denominazione unitaria, sia pur evanescente – possiamo, invece, tentare di recuperare, l'«indole psicologica»³⁵ condivisa da questi stessi scienziati del *iure*, o meglio ancora lo «strato profondo della cultura giuridica italiana» della seconda metà dell'Ottocento (e della prima del Novecento), iscrivendola completamente in quel *canone eclettico* teorico-pratico, teorizzato da Luigi Lacchè per la scienza giuridica italiana del secolo XIX³⁶, e che ci consente, non soltanto di comprenderla in manie-

²⁹ Per una panoramica P. Grossi, *Scienza giuridica italiana* cit., pp. 13-273.

³⁰ Di questo era consapevole M. Sbriccoli, *Il diritto penale sociale (1885-1912)*, in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia* cit., pp. 819-902; Id. *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, Ivi, pp. 493-590.

³¹ P. Grossi, *La scienza del diritto privato* cit., p. 16.

³² Su questa fortunata qualificazione, e sulla sua antitesi la *paleocivilistica*, si veda P. Grossi, *Tradizioni e modelli nella sistemazione post-unitaria della proprietà*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», n. 5-6, 1976-77, pp. 201-338; e più diffusamente Id., *Scienza giuridica italiana* cit., pp. 1-70.

³³ P. Grossi, *La scienza del diritto privato* cit., p. 15-16.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ Ivi, p. 17.

³⁶ L. Lacchè, *Il canone eclettico. Alla ricerca di uno strato profondo della cultura giuridica*

ra più soddisfacente, ma anche di superare quella insoddisfacente «opera in due atti», così come viene ricostruita a partire dalle riflessioni miopi di Rocco e Carnelutti³⁷, riprodotte acriticamente dalla storiografia giuridica tradizionale.

L'idea è quella di poter far emergere, partendo dalle due posizioni, apparentemente completamente antitetiche, di Cimbali e Gianturco – stigmatizzate dalla controversia di cui sono protagonisti – un modo tutto sommato comune di guardare all'architettura giuridica sovrastante ed al problema sociale sottostante che, pur partendo da approcci metodologici e presupposti dottrinali differenti, si sostanzia in una prospettiva culturale che si può definire realista, naturalista o verista (che dir si voglia). E che discende dal modo personalissimo con il quale questi giuristi tentano di «affrontare il concetto stesso di cultura giuridica», sviluppando, ciascuno a suo modo, «l'idea della socializzazione del diritto»³⁸ ed affrancandosi, allo stesso tempo, dall'assolutismo giuridico sette-ottocentesco³⁹. Diventerà preminente, infatti, nel dibattito di queste due figure maggiori, in maniera più o meno evidente a seconda del metodo scientifico adottato, 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.

Ed ecco che, allora, questi due personaggi ci appaiono davvero come le due anime fondatrici di quello che ci sentiamo di definire, *Realismo giuri-*

italiana dell'Ottocento, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», n. 39, 2010, 153-228; per approfondire questa nozione si veda anche Id., *La nazione dei giuristi. Il canone eclettico, tra politica e cultura giuridica: spunti per una riflessione sull'esperienza italiana della Restaurazione*, in F. Micolo et. al., *Diritto, cultura giuridica e riforme nell'età di Maria Luigia*, Parma, Monte Università Parma editore, 2011, pp. 263-307; Id. *I giuristi italiani e il Risorgimento. Una proposta per rileggere la questione della cultura giuridica nazionale e delle "scuole" a partire dal canone eclettico*, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», 4, 2013, pp. 317-361; Id. *Sulla vocazione del giurista italiano. Scienza giuridica, canone eclettico e Italian style tra '800 e '900* in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», n. 6, nuova serie, 2015, p. 233-268; Id., *On the Italian Style: The Eclectic Canon and the Relationship of Theory to Practice as key-elements of Italian Legal Culture (19th/20th Centuries)*, in «Giornale di storia costituzionale», n. 34, II, 2017, pp. 263-280; Id. *La "Società dei Giureconsulti". Per uno studio su congressi, azione collettiva e "canone eclettico" tra Restaurazione e Risorgimento*, in «Rivista di storia contemporanea», XXXIV, n. 58, I, 2020, pp. 31-52.

³⁷ L. Lacchè, *Sulla vocazione del giurista italiano* cit., pp. 236-253. Il riferimento è a A. Rocco, *La scienza del diritto privato in Italia negli ultimi cinquant'anni*, in «Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni», vol. IX, Parte I, fasc. 4, 1911, pp. 285-304; ripubb. in Id., *Studi di diritto commerciale ed altri scritti giuridici*, cit. vol. I, pp. 5-33; e F. Carnelutti, *Scuola italiana del diritto*, Prolusione al corso di diritto processuale civile nell'Aula Magna della Regia Università di Milano, 22 novembre 1935, Milano, Giuffrè, 1936; Id. *Profilo del pensiero giuridico italiano* in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», IV, vol. LXXXVIII, 1950, pp. 1-20, ripubb. in Id., *Discorsi intorno di diritto*, 3 voll., Padova, Cedam, 1953, vol. II, pp. 163-184.

³⁸ M. Stronati, voce «*Il socialismo giuridico e il solidarismo*», cit., pp. 405.

³⁹ P. Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998.

dico italiano della seconda metà del secolo XIX⁴⁰, mutuando questa espressione dal parallelo fenomeno culturale, artistico e letterario, di cui il nostro anonimo dipinto è un esempio brillante. Tuttavia, bisogna intendersi, poiché quando facciamo riferimento a questo concetto, non cerchiamo di coniare una nuova denominazione di scuola – perché inevitabilmente questa sarebbe insoddisfacente né più e né meno di quella grossiana, riconducendoci al punto di partenza – invece, quello che si proverà a ricostruire è, più semplicemente, un *paradigma concettuale* per la comprensione dell'antropologia culturale di una parte rilevante della scienza giuridica italiana a cavallo tra un secolo e l'altro, rinunciando contestualmente ad una forzata unitarietà sul piano più angusto del pensiero giuridico inteso unicamente come scienza.

2. Delle fiducie nel diritto civile italiano (1882) secondo Emanuele Gianturco

Quando nel 1882 il venticinquenne avvocato Emanuele Gianturco⁴¹ pubblica a Napoli la sua *Dissertazione sulla fiducia testamentaria nel diritto*

⁴⁰ Siamo ben consapevoli che quando si parla di Realismo giuridico la mente del filosofo, come quella dello storico del diritto, corre veloce a quella corrente di pensiero degli anni Trenta del Novecento che concepisce il diritto alla stregua di un fenomeno psichico collettivo, frutto dell'immaginazione giuridica del giurista e, in particolare, del giudice. Una corrente di pensiero, avversaria del giuspositivismo di matrice kelseniano, rappresentata negli Stati Uniti dal pensiero di Jerome Frank, Karl L. Llewellyn, Oliver W. Holmes, Benjamin N. Cardozo e Roscoe Pound, e nei paesi scandinavi, nelle analoghe ricostruzioni, di Axel Hägerström, Vilhelm Lundstedt, Karl Olivecrona, Alf Ross. Cfr. G. Tarello, *Il realismo giuridico americano*, Milano, Giuffrè, 1962; G. Fassò, *Storia della filosofia del diritto*, aggiornato a cura di C. Faralli, 3 voll., Roma-Bari, Laterza, 2020, vol. III, pp. 255-273. Quello che noi definiamo *Realismo giuridico italiano*, evidentemente, non ha nulla a che vedere con queste correnti filosofiche novecentesche, peraltro concentrate sulla metafisica del linguaggio giuridico e sulla teoria dell'interpretazione giudiziale, poco avvezza ai rapporti con l'empirismo sociale, in senso proprio, e molto lontane dagli schemi culturali dell'Ottocento. E questo, non soltanto per ragioni squisitamente cronologiche – ci troviamo, infatti, in un tempo che anticipa di molto quelle teorizzazioni – ma, soprattutto, per il fondamento che giustifica l'approccio realista, nel nostro caso fortemente empirico e mai astratto, filosoficamente positivo ma ancora non giuridicamente positivista, almeno nel senso tipicamente kelseniano del termine. In maniera del tutto impropria, a nostro parere, l'espressione «*Realismo giuridico italiano*» è stata utilizzata da filosofo Domenico Coccopalmerio per definire il pensiero di Francesco Carnelutti, che di realistico ed empirico, nel senso da noi tracciato, ebbe davvero ben poco (D. Coccopalmerio, *Francesco Carnelutti: il realismo giuridico italiano*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane (ESI), 1989). Della sua matura *Teoria generale del diritto* (1933), che strizza l'occhio alla sistematica tedesca, ci verrebbe di definirla al più *Impressionista*, soprattutto perché sospesa in quel limbo tra metafisica giuridica pura e prassi forense attuatrice, che fotografa in maniera eccellente la realtà nella sua fattualità senza, però, mai sporcassi le mani con le sue implicazioni sociali. Come avverrà per le istanze sistemiche di Chironi, Coviello e Ferrara, essa rappresenta una metamorfosi culturale del *Realismo giuridico italiano* della secolo XIX, da cui germina nel corso del secolo XX, un pò come l'impressionismo di Monet è figlio del realismo di Courbet, anche se con questo non si confonde.

⁴¹ Sulla biografia e sull'opera di Emanuele Gianturco: A. Mazzacane, voce «*Emanuele Gianturco*», in *Il Parlamento italiano*, vol. VI: 1861-1988. *Crispi e la crisi di fine secolo: da Crispi a*

*civile italiano*⁴², frutto della stesura, in forma monografica, del tema redatto per la prova scritta dell'esame alla libera docenza in diritto civile⁴³, dedicata ad uno dei suoi maestri Diego Colamarino⁴⁴ – professore di Codice civile alla Regia Università di Napoli, e patron di una fiorente scuola civilistica parte-

Zanardelli, Milano-Roma, Nuova CEI, 1989, pp. 467-469; Id. *L'esperienza giuridica di Emanuele Gianturco* in A. Mazzacane (a cura di), *L'esperienza giuridica di Emanuele Gianturco*, Napoli, Liguori, 1987, pp. 8-25; F. Treggiari, *Emanuele Gianturco*, in G. Alpa e F. Macario (a cura di), *Diritto civile del Novecento: scuole, luoghi, figure di giuristi*, Milano, Giuffrè, 2019, pp. 297-304; Id. voce «*Gianturco, Emanuele*», in I. Birocchi et. al. (a cura di) *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, 2 voll., Bologna, il Mulino, 2013, vol. I, pp. 992-994; Id. *Un profilo biografico*, in F. Treggiari (a cura di), *Emanuele Gianturco: nuovi studi per i centenari*, Avigliano, Pisani Teodosio, 2013, pp. 17-28; Id. voce «*Emanuele Gianturco*» in *Enciclopedia Italiana di Scienze, Lettere ed Arti*, cit., pp. 413-416. Di grande ausilio è poi F. Treggiari, *Bibliografia degli scritti giuridici e politici di Emanuele Gianturco*, in A. Mazzacane (a cura di) *L'esperienza giuridica di Emanuele Gianturco*, cit., pp. 365-413.

⁴² E. Gianturco, *Delle fiducie nel diritto civile italiano: Dissertazione*, Napoli, Tipografia della Regia Università, 1882; ripubb. in Id., *Opere Giuridiche*, 3 voll., Roma, La Libreria dello Stato, 1947, vol. I, pp. 20-64. Una seconda edizione riveduta ed ampliata del saggio verrà pubblicata, successivamente alla controversia con Cimbali, nel 1884 vedi *infra* paragrafo 5. Quando citata nel corpo del testo, ove non specificato, si farà riferimento sempre alla prima edizione del 1882, intorno alla quale, peraltro, si svilupperà l'intera controversia.

⁴³ Si veda la dedica in epigrafe all' edizione del 1882 intitolata *Al mio illustre Maestro Diego Colamarino* in E. Gianturco, *Delle fiducie* cit., s.n. di pagina: «*Serbo tuttora una così viva memoria della benevolenza dimostratami, quando frequentavo la vostra scuola, e della cura sollecita ed amorosa, con la quale mi avete incoraggiato dipoi a proseguire gli studi di diritto civile; che io sento il dovere di darvi un pubblico attestato di riconoscenza, dedicandovi la presente dissertazione. Essa vi appartiene per due ragioni: perché l'occasione di scriverla mi è stata fornita da voi, che sceglieste la "fiducia", come argomento della mia prova scritta per ottenere la privata docenza; e perché nelle vostre lezioni ho trovato il germe e la chiave di queste mie ricerche intorno a un istituto così poco studiato sinora.*»

⁴⁴ Diego Colamarino, nato a Torre del Greco 12 gennaio 1837 da una famiglia aristocratica di ricchi proprietari terrieri, fu avviato agli studi giuridici presso la Regia Università di Napoli, dove divenne allievo dell'avvocato e professore di Diritto e legislazione civile Giuseppe Testa. Di indole liberale, e guidato da ardenti ideali patrioti, appoggiò durante il Risorgimento il disegno di Unità nazionale, e nel 1865, con l'emanazione del *Codice civile per il Regno d'Italia*, insieme al maestro Testa, fu tra i primi giuristi meridionali a pubblicarne un commentario (D. Colamarino, G. Testa *Comento al codice civile italiano*, Napoli, Stamperia governativa, 1865). Negli stessi anni si dedicò alla professione di avvocato a Napoli, patrocinando con successo, per questioni civili, anche innanzi alle Cassazioni del Regno; e alla vita politica partenopea, venendo eletto, dal 1867, consigliere al Comune di Napoli, e ricoprendo anche le funzioni di vicesindaco (1868-1870 e 1872). A partire dal 1875, e fino al 1880, fu chiamato dalla Regia Università di Napoli a sostituire, sulla cattedra di Codice civile, il suo vecchio maestro Giuseppe Testa, gravemente malato, di cui poi prese il posto come ordinario dopo la morte. È in questi anni che pubblicò il maggior numero dei suoi scritti giuridici più conosciuti, occupandosi successivamente di contratto di locazione (1876), di enfiteusi (1879), e tenendo corsi universitari sulle obbligazioni (1883), sulla legislazione e sulla giurisprudenza civile (1886-1888). Morì il 25 settembre 1888 nella dimora storica della sua famiglia a Torre del Greco, sita nella strada oggi a lui dedicata. Non esiste nessuna referenza bio-bibliografica di questo noto civilista e professore universitario meridionale della seconda metà dell'Ottocento, solo un catalogo postumo della sua biblioteca privata, oggi andata perduta, è conservato presso la Biblioteca Nazionale Centrale di Firenze (*Catalogo della Biblioteca legale, appartenente al prof. Diego Colamarino*, Napoli, Bideri, 1889).

nopea⁴⁵ – al contrario di quanto lui stesso affermava, il tema della fiducia era, già da lungo tempo, al centro di un grande dibattito, soprattutto a causa di alcune decisioni giurisprudenziali non in linea con il dettato normativo, e delle opinioni dottrinali contrastanti di più d'uno tra i migliori esponenti della dottrina *paleocivilistica* post-unitaria⁴⁶, i quali, mai come in questo caso, si ritrovarono nella scomoda e, piuttosto inedita, circostanza di non poter fare completo affidamento sulla lettura – per loro dirimente – dei commentari francesi al *Code Napoléon*⁴⁷. A questa particolarissima coincidenza si lega la grande incertezza che dominava sulla materia, e che stimolò, probabilmente, l'interesse scientifico e le capacità inventive del giovane Gianturco, spingendolo – come si vedrà – molto oltre i confini di un'esegesi letterale del testo codificato, fino a concepire quella che – non lo si può negare – è certamente una «*eccentrica dottrina*»⁴⁸ sull'obbligatorietà civile delle disposizioni fiduciarie confessate, ma che, allo stesso tempo, rappresenta un formidabile esempio di argomentazione *storico-razionale* e di esercizio critico, non comune tra i giuristi suoi contemporanei.

⁴⁵ In particolare, sulla formazione giuridica di Gianturco, vedi F. Treggiari, *Emanuele Gianturco: l'educazione di un giurista (aspetti dell'insegnamento del diritto in Italia tra Otto e Novecento)*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», XL, 1986, pp. 1235-76; Id. *Scienza e insegnamento del diritto tra due secoli: l'opera e la fortuna di Emanuele Gianturco*, in A. Mazzacane (a cura di), *L'esperienza giuridica di Emanuele Gianturco*, cit., pp. 45-152. Più in generale sul rapporto tra formazione giuridica universitaria e scuole private di diritto nella Napoli della prima metà dell'Ottocento si veda A. Mazzacane, *Università e scuole private di diritto a Napoli nella prima metà dell'Ottocento*, in A. Romano (a cura di), *Università in Europa. Le istituzioni universitarie dal Medioevo ai giorni nostri. Strutture, organizzazione, funzionamento*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 1995, pp. 549-575; F. Treggiari, *Il ruolo degli avvocati nella formazione del giurista (secoli XVIII-XIX)* in «Rassegna forense», anno XXXII, n. 1, 1999, pp. 99-117; L. Moscati, *Italienische Reise. Savigny e la scienza giuridica della Restaurazione*, Roma, Viella, 2000, pp. 131-161; e i saggi raccolti in A. Mazzacane (a cura di), *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, Napoli, Liguori, 1986; e in A. Mazzacane, C. Vano (a cura di), *Università e professioni giuridiche in Europa in età liberale*, Napoli, Jovene, 1994.

⁴⁶ Per una panoramica generale sulle figure maggiori della civilistica post-unitaria S. Solimano, voce «*Tendenze della civilistica postunitari*», in *Enciclopedia Italiana di Scienze, Lettere ed Arti*, Appendice VIII, cit., pp. 381-388.

⁴⁷ Quanto a questa tendenza interpretativa comune alla stragrande maggioranza dei civilisti italiani negli anni dell'esegesi (1865-1881), si può leggere tra gli altri G. Tarello, *Cultura giuridica e politica del diritto*, Bologna, il Mulino, 1988, pp. 90-101; G. Cazzetta, *Responsabilità aquiliana e frammentazione del diritto comune civilistico (1865-1914)*, Milano, Giuffrè, 1991; Id. *Codice civile e identità giuridica nazionale*, op. cit., pp. 97-139; N. Irti, *Scuole e figure del diritto civile*, 2ª ed., Milano, Giuffrè, 2002, pp. 37-47; M. Nardoza, *Manualistica e cultura del codice civile tra Otto e Novecento*, Roma, Aracne, 2012, pp. 19-79; R. Ferrante, *Un secolo sì legislativo. La genesi del modello otto-novecentesco di codificazione e la cultura giuridica*, Torino, Giappichelli, 2015. Per una panoramica sull'*École de l'Exégèse* si veda, oltre al classico volume di R. Ferrante, *Dans l'ordre établi par le Code civil. La scienza del diritto al tramonto dell'Illuminismo giuridico*, Milano, Giuffrè, 2002, pp. 255-358; anche il più recente F. Audren, J.-L. Halpérin, *La culture juridique française* cit., pp. 21-83.

⁴⁸ F. Treggiari, *L'oro e la coscienza* cit., pp. 61-67.

2.1. *Un metro di paragone dell'“eccentricità”: La fiducia testamentaria nel Codice albertino (1837) e nel Codice civile unitario (1865) tra dottrine e giurisprudenze contrastanti*

Per riuscire a comprendere fino in fondo la ricchezza dell'opzione interpretativa e metodologica proposta da Gianturco, e per cogliere a pieno il senso delle sue argomentazioni – anche quanto alle critiche che gli verranno poi mosse dal Cimbali – è necessario fare un passo leggermente indietro, interrogandosi sulle ragioni storico-giuridiche dell'incertezza normativa, e delle conseguenti oscillazioni giurisprudenziali e dottrinali, in materia di fiducia testamentaria nel diritto civile italiano del secolo XIX. Questo, da un lato, per procurarsi il giusto metro di paragone con il quale misurare la reale “eccentricità” della sua ricostruzione – rispetto a quanto prima di lui la scienza giuridica e la giurisprudenza avevano cercato di teorizzare e statuire – e, dall'altro, per mettere in evidenza la portata davvero innovativa del suo pensiero, che fa di questi un civilista dalla autentica prospettiva realista.

Il delicato problema giuridico, in materia di disposizioni fiduciarie – come nota correttamente Ferdinando Treggiari – nasceva da quel «triangolo imperfetto disegnato dagli artt. 829 (fiducia), 830 (disposizione a favore di persona incerta) e 834 (disposizione a favore di persona incerta da nominarsi da un terzo)»⁴⁹ del Codice Pisanelli che, in luogo di confermare il rigoroso divieto previsto dalla codificazione francese⁵⁰, si era accontentato di ripro-

⁴⁹ Ivi, p. 57.

⁵⁰ Analizzando il dettato del *Code Napoléon* non si troverà una norma specifica che sancisca il divieto assoluto delle disposizioni fiducie, ma questo viene fatto discendere dal combinato disposto dei divieti contenuti negli artt. 896 (sostituzioni fedecommissarie), 969-980 (testamento orale; disposizioni a favore di persona incerta; disposizione a favore di persona incerta da nominarsi da un terzo), così come vennero interpretati dalla dottrina esegetica. Sopravviveva, ad opera dell'interpretazione giurisprudenziale, successiva all'emanazione del codice e con il benplacito della dottrina prevalente, la sola *simple fideuce*, ammessa nell'unica ipotesi in cui questa era palese dalle disposizioni del testatore – dunque, non segreta o semi-segreta, come accadeva generalmente quando l'obbiettivo era quello di frodare la legge – e che questa non costituisse un sostituzione testamentaria senza termine, integrante di fatto un fedecommissario vietato ai sensi dal citato art. 896 *cod. civ.* L'ostilità del legislatore francese verso le sostituzioni fedecommissarie prima e la fiducia poi si giustificano se si guarda all'abuso che fu fatto di questi strumenti giuridici dal Basso Medioevo fino alla fine dell'Età moderna. Le aristocrazie terriere e la Chiesa, infatti, fecero largo utilizzo di questi istituti per preservare, lungo le generazioni e all'interno delle istituzioni ecclesiastiche, i latifondi e le fortune accumulate con il passare dei secoli, sottraendole ai commerci e all'economia del Paese. Già dal tempo del cancelliere giansenista di Luigi XV, Henri François d'Aguesseau, con la sua celebre ordinanza sui testamenti del 1735 (H. Regnault, *Les ordonnances civiles du chancelier Daguesseau. Les testaments et l'Ordonnance de 1735*, Parigi, Presses Universitaires de France (Puf), 1965), e poi con il *droit intermédiaire* (F. Treggiari, 'Fiduciaritas'. *Tecniche e tutele della fiducia nel diritto intermedio*, in M. Lupoi (a cura di), *Le situazioni affidanti*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 45-73), si assiste ad una progressiva stretta normativa in materia successoria, ribadita, almeno di facciata, anche da Napoleone I nel suo *Code civil*. Salvo poi prevedere una serie di eccezioni a favore della aristocrazia napoleonica, che finivano per vanificare lo

durre la più mite disciplina sabauda del 1837⁵¹ che prevedeva all'art. 809 la più blanda «inammissibilità della prova che l'istituzione di erede o il legato fosse solo “*in apparenza*” destinato alla persona designata nel testamento, mentre lo era “*realmente*” a favore di altra persona, anche se le parole del testamento lo lasciassero supporre», con la sola «eccezione al divieto [...] dell'interposizione di persona a favore d'incapaci»⁵².

Ed in effetti, già in sede legislativa, nel Regno di Sardegna, la questione dell'ammissibilità delle disposizioni fiduciarie, sulla base di un divieto così poco *tranchant*, si era posta all'ordine del giorno, occupando i lavori dei Senati di Piemonte e di Genova, chiamati ad argomentare in sede consultiva, e quelli del Consiglio di Stato e della Commissione legislativa, dove fu approvato il testo definitivo⁵³. Il risultato – tipico dello stile compromissorio italiano⁵⁴ – era stato quello di configurare la fiducia testamentaria alla stregua di un'obbligazione naturale⁵⁵, sfornita di un'azione per ottenerne il coattivo adempimento⁵⁶, ma non per questo vietata in radice dal dettato codicistico, che ne preservava, contemporaneamente, la validità in astratto, qualora fosse stata spontaneamente eseguita dall'onerato e, ovviamente, ove non si

stesso divieto normativo. In generale su questo itinerario storico-giuridico, con particolare riferimento alle ambiguità della politica napoleonica v. F. Treggiari, *L'oro e la coscienza* cit., pp. 10-40.

⁵¹ Ivi, pp. 44-48.

⁵² Ivi, p. 45. Il testo dell'art. 809 del Codice albertino del 1837 recitava: «Non è ammessa alcuna prova che l'istituzione o il legato fatto in favore di persona dichiarata nel testamento non lo sia, che in apparenza, ma che realmente lo sia in favore di altra persona, corpo od opera nel medesimo taciuta, e ciò non ostante qualunque espressione nel testamento, che lo indicasse o potesse farlo presumere. La disposizione di questo articolo non si applica però al caso, che l'istituzione od il legato vengano impugnati, come fatti per interposta persona a favore d'incapaci».

⁵³ F. Treggiari, *L'oro e la coscienza* cit., pp. 45-48. Sul punto anche le fonti sono molto esplicite Cfr. V. Pastore, *Codice civile per gli stati di S. M. il re di Sardegna*, 12 voll., Torino, G. Favale, 1841, vol. VII, pp. 33-37; F. Pagani (a cura di), *Motivi dei Codici per gli Stati Sardi*, 2 voll., Genova, Tipografia della Gazzetta dei Tribunali, 1856, vol. II, pp. 125-132; E. Gianturco, *Delle fiducie* cit., pp. 26-33; T. Cuturi, *Dei fidecommessi e delle sostituzioni nel diritto civile italiano: studi*, Città di Castello, S. Lapi, 1889, pp. 132-136, 148-153; C. Landolfi, *Le fiducie testamentarie*, Napoli, Anacreonte Chiurazzi, 1919, pp. 39-54.

⁵⁴ La vicenda, a nostro parere, sembra confermare quanto Stefano Solimano ha sostenuto sul Codice civile albertino come “archetipo” della codificazione unitaria del 1865, pur tenendo i redattori ben presente il modello del *Code Napoléon*, nella sua traduzione italiana ufficiale del 1806. Cfr. in proposito a S. Solimano, *Il letto di Procuste. Diritto e politica nella formazione del Codice civile unitario. I progetti Cassinis (1860-1861)*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 370-371. Su una posizione analoga vedi anche G. S. Pene Vidari, *Studi sulla codificazione in Piemonte*, Torino, Giappichelli, 2007, p. 84.

⁵⁵ Sul concetto di obbligazione naturale, così com'era inteso nella civilistica ottocentesca, a partire dall'esegesi delle fonti romane fino alla disciplina nel Codice civile unitario, si vedano rispettivamente, A. Sacchi voce «*Obbligazioni – I. Diritto romano*», in *Il Digesto italiano*, XVI, Torino, Unione-Tipografica Editrice Torinese (UTET), 1928 (ristampa stereotipa), pp. 629-631; e G. Piola, voce «*Obbligazioni – II. Diritto civile*», in Ivi, pp. 698-699, note 7 ed 8.

⁵⁶ Sulla teoria delle obbligazioni e sulla distinzione tra obbligazioni civili, giuridicamente vincolanti, ed obbligazioni naturali, astrattamente vincolanti ma sfornita di mezzi di tutela, con particolare riguardo agli effetti civili, tra i contemporanei, si veda l'opinione rilevante di V. Polacco, *Le obbligazioni nel diritto civile italiano*, Verona-Padova, Drucker, 1898, in particolare pp. 41-81.

tramutasse in una sostituzione fedecommissaria vietata dai successivi artt. 873-885 del Codice civile.

Quest'opinione, che ci appare la più conforme ad un'interpretazione lineare del testo codificato, trovò larga considerazione tra i primi commentatori del testo sabauda, tanto che l'avvocato e giudice piemontese Vincenzo Pastore⁵⁷, senza negare qualche perplessità, scriveva che «la legge, nell'opporsi alle fiducie, non avesse in mira di riprovare per se stesso il vincolo di naturale obbligazione, sotto il quale siano pervenuti i beni a colui che è scritto erede o legatario, solamente per adempiere l'intenzione a pro di altra persona manifestatagli dal testatore», ma per far fronte «al pericolo che con siffatta dichiarazione potesse farsi frode alla legge sulla legittima, od a qualunque altra»⁵⁸ disposizione sui vincoli successori previsti dal codice. A questo inconveniente poteva naturalmente evitarsi, secondo il Pastore, «stabiendo che essa non avesse effetto che tra il dichiarante e la persona dichiarata, e non togliesse le azioni dei creditori verso il dichiarante, né pregiudicasse i terzi che avessero con lui, prima di tale dichiarazione, contrattato», né tanto meno avessero valenza per privare «i figliuoli relativamente alla quota di legittima ad essi dovuta»⁵⁹. Tuttavia, anche se questi «ultimi riflessi avevano certamente un peso in favore dell'efficacia della dichiarazione spontanea di accettata fiducia» il legislatore aveva dato prova di preminenti «cautele» facendo prevalere, in punto di diritto, la certezza delle disposizioni testamentarie sui desideri personali dei testatori, affidati ad incerte disposizioni fiduciarie con «il pericolo che, sotto il colore della spontanea dichiarazione discorsa, potesse talora farsi frode alla legge proibitiva delle fedecommissarie sostituzioni», e scansando «nel sistema dell'efficacia di tale dichiarazione, gli inconvenienti tutti delle fiducie»⁶⁰. Un'opinione questa, particolarmente moderata, che fu confermata anche dall'avvocato Vincenzo Cattaneo – noto autore di commentari alle leggi civili, prima del Regno di Sardegna (1845) e poi del Codice civile unitario (1865) – il quale, però, si spinse fino ad affermare una non operatività del divieto di cui all'articolo 809 del codice nel caso in cui l'esistenza del rapporto fiduciario fosse stata spontaneamente confessata dal gravato, formandosi, in questo caso specifico, un'obbligazione giuridicamente vincolante all'esecuzione della prestazione fiduciaria⁶¹, come previsto dalla tradizionale giurisprudenza piemontese di Antico regime⁶².

⁵⁷ A. Lupano, voce «Pastore, Vincenzo», in I. Birocchi *et. al.*, *Dizionario biografico* cit., vol. II, pp. 1520-1521.

⁵⁸ V. Pastore, *Codice civile per gli stati di S. M. il re di Sardegna*, cit., p. 35, sub. art. 809.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ V. Cattaneo, *Tavole legali civili comparative, ossia gli articoli del codice civile di S.M. Sarda posti in confronto con quelli del codice civile di Francia, colle leggi romane*, Saluzzo, Giovanni Enrici, 1845, p. 100, nota sub. art. 809.

⁶² F. Treggiari, *L'oro e la coscienza* cit., pp. 7-9. Ci riferiamo in particolare a Senato di Piemonte,

Su una posizione di maggior rigore normativo si attestava, invece, Enrico Precerutti⁶³ – insigne professore straordinario di Codice civile alla Reggia Università di Torino e membro autorevolissimo di tutte le commissioni che si sono succedute per la redazione del Codice civile unitario – la cui impostazione, negli *Elementi di diritto civile patrio* (1861), riprendendo i termini dell'obbligazione naturale del Pastore, sottolineava con determinazione l'insormontabilità assoluta del divieto di prova previsto dall'art. 809, che doveva estendersi necessariamente anche alla stessa validità giuridica delle disposizioni fiduciarie dedotte in testamento⁶⁴. Quest'ultima ricostruzione – che diventerà quella dominante tra gli esegeti del Codice civile del 1865 – fu presto confermata da un celebre arresto della Corte di Cassazione di Milano del 31 maggio 1861⁶⁵, ribadito poi da una pronuncia analoga della Cassazione di Torino del 4 dicembre 1867⁶⁶, che sembrò riuscire a sedare momentaneamente la discussione⁶⁷. E guardando alle date delle due richiamate pronunce, confermate da altrettante successive della stessa indole⁶⁸, non si può fare a meno di confermare integralmente quanto sostenuto da Treggiari

9 febbraio 1764, Carlo Fabre e Carlo Fabre c. Giovanni Guglielmo Rolfo, in F. A. Duboin (a cura di) *Collezione progressiva e per ordine di materie delle decisioni de' Supremi Magistrati negli Stati di Terra Ferma di S.M. il Re di Sardegna*, Tomo I, serie VI, Testamenti, Tomo I, Torino, Eredi Bianco, 1830, pp. 588-616; Senato di Nizza, 6 maggio 1773, de Foresta c. Giovanni Maria Siga, in Ivi, pp. 635-642; Senato di Nizza, 24 novembre 1790, Giuseppe Onorato Maria Ugo c. Vassallo di Castelnuovo Giuseppe e altri, Ivi, pp. 617-635; Senato di Genova, 3 dicembre 1819, Sopranis c. Quartino, in F. Magioncalda *et al.* (a cura di) *Giurisprudenza dell'Ecc.mo Senato di Genova, ossia collezione delle sentenze pronunciate dal R. Senato di Genova sovra i punti più importanti di diritto civile, commerciale, di procedura e criminale*, vol. II (1818-1819), Genova, Tipografia Archiepiscopale, 1827, pp. 439-440.

⁶³ S. Solimano, voce «Precerutti, Enrico», in I. Biocchi *et. al.*, *Dizionario biografico cit.*, vol. II, pp. 1623-1624.

⁶⁴ E. Precerutti, *Elementi di diritto civile patrio*, 2 voll., 2^a ed. ritoccata dall'autore, Torino, Giulio Speirani, 1861, vol. II, pp. 98-99, § 619.

⁶⁵ Cassazione di Milano, 31 maggio 1861, Figari c. Sanfront e Rempicci, in «Giurisprudenza del Regno», vol. XIII, fasc. I, 1862, cc. 596-603; e in «Gazzetta dei tribunali», Seconda serie. Collezione delle sentenze della Corte di Cassazione del Regno, 1861, pp. 74-79. Per un'analisi della decisione vedi F. Treggiari, *L'oro e la coscienza cit.*, p. 56-57.

⁶⁶ Cassazione di Torino, 4 dicembre 1867 Alleori c. Alleori, in «Annali della giurisprudenza italiana», vol. I, Part. I, 1866-1867, p. 415-418; «Giurisprudenza italiana», vol. XIX, Part. I, 1867, cc. 768-773; «Giurisprudenza degli Stati Sardi», vol. VII, Part. II, 1855, pp. 85-88; «La Legge», vol. VIII, 1868, pp. 431-434; «Gazzetta dei tribunali», vol. XIX, 1867, pp. 495-500; «La giurisprudenza», vol. V, 1868, pp. 85-88. La decisione è commentata in F. Treggiari, *L'oro e la coscienza cit.*, p. 56.

⁶⁷ T. Cuturi, *Dei fidecommissi e delle sostituzioni cit.*, pp. 139-143.

⁶⁸ Per limitarci solo alla più ricorrenti, si può citare Corte di appello di Brescia, 23 novembre 1871, Lanzeni c. Ferrari («Annali della giurisprudenza italiana», vol. IV, Part. II, 1873, p. 233); Corte di appello di Napoli, 9 dicembre 1872, Montefusco c. Pisano («La Legge», vol. XIII, 1873, p. 517); Corte di appello di Napoli, 16 maggio 1873 («Giurisprudenza italiana», vol. XXV, Part. II, 1873, c. 385); Cassazione di Napoli, 8 gennaio 1873, Losteria c. Gagliani («Annali della giurisprudenza italiana», vol. VII, Part. I, 1873, p. 194); Cassazione di Torino, 14 luglio 1875, Dasso c. Rossi («Annali della giurisprudenza italiana», vol. IX, Part. I, 1875, p. 484); Cassazione di Firenze, 23 marzo 1876, Cadilò c. Bini («Giurisprudenza italiana», vol. XXVII, Part. I, 1876, c. 370).

sulla genesi della disciplina sulla fiducia testamentaria contenuta nel Codice civile unitario.

«Messo al vaglio della giurisprudenza, l'art. 809 del codice albertino superò evidentemente la prova se, trascorsi poco meno di tre decenni, il suo testo venne riproposto senza varianti nel Codice civile del Regno d'Italia (1865), a parte solo "qualche modificazione formale allo scopo di perfezionarla"»⁶⁹. Con il risultato però, certamente indesiderato, che, riprodotto sul modello del codice sabaudo, l'articolo 829⁷⁰ del Codice Pisanelli ne riproponeva anche gli stessi difetti e le stesse incertezze interpretative di fondo. E questo nonostante la più stringente, ed articolata, architettura generale del regime successorio "indiretto", strutturata su due binari paralleli di proibizioni – ammorbidite da eccezioni, fin troppo facili da piegare a scopi fraudolenti nella prassi – e condite da vani divieti – smentiti dalla stessa vacuità delle proibizioni generali di cui erano chiamati a restringere il campo di applicazione. Da una parte si prevedeva, infatti, una regolamentazione dei fedecommessi che ammetteva le sole sostituzioni volgari (art. 895) e proibiva tutte le altre forme di istituzioni fedecommissarie (art. 899), «facendo però salva, a differenza del codice napoleonico, la validità dell'istituzione d'erede o del legato a cui la sostituzione era aggiunta (art. 900)»⁷¹. Dall'altra – sulla falsariga del Codice albertino – l'articolo 829 si limitava a rendere inammissibile la sola prova delle disposizioni fiduciarie, mantenendo teoricamente valida in astratto la fiducia, e contraddicendo, quantomeno in linea applicativa, i due divieti contenuti nell'art. 830 – che dichiarava nulla «ogni disposizione fatta a favore di persona che sia incerta in modo da non poter essere determinata» – e nell'art. 834 – che considerava «parimenti nulla ogni disposizione fatta a favore di persona incerta da nominarsi da un terzo»⁷².

Questo sistema che, considerato nel suo complesso avrebbe dovuto restringere sensibilmente il campo di applicazione della fiducia testamentaria,

⁶⁹ F. Treggiari, *L'oro e la coscienza* cit., p. 53. Una conferma di questo assunto si può trovare, altresì, sfogliando i lavori preparatori del Codice civile del 1865 che poco o nulla si interessarono alla questione, neanche indirettamente. Per limitarci ad un solo esempio, la disposizione non fu oggetto di dibattito in seno alla Commissione di coordinamento, dove furono prese gran parte delle decisioni più cruciali relative al testo definitivo del codice. Cfr. S. Gianzana (a cura di) *Codice civile*, vol. III: *Verbali della Commissione di coordinamento*, Torino, Unione Tipografico-Editrice, 1887.

⁷⁰ Il testo dell'articolo 829 cod. civ., recitava: «Non è ammessa alcuna prova che le disposizioni fatte in favore di persona dichiarata nel testamento siano soltanto apparenti, e che realmente riguardino altra persona, non ostante qualunque espressione del testamento che la indicasse o potesse farla presumere. Ciò non si applica al caso che l'istituzione od il legato vengano impugnati come fatti per interposta persona a favore d'incapaci».

⁷¹ F. Treggiari, *L'oro e la coscienza* cit., p. 54.

⁷² Ivi, pp. 54-55.

fu interpretato – soprattutto a partire dagli anni Ottanta dell'Ottocento⁷³ – in maniera elastica dalla giurisprudenza⁷⁴, facendo prevalere la tolleranza sul rigore, e dando man forte a quegli esponenti della dottrina che si erano rivelati poco inclini a considerare la proibizione in maniera assoluta, come era stata intesa dal Precerutti per il testo sabauda.

Particolarmente sensibile alla questione dell'ammissibilità della fiducia testamentaria – probabilmente sulla scia dell'opinione ribadita dal Cattaneo nel suo *Codice civile italiano annotato* (1873)⁷⁵ – fu la posizione autorevolissima di Emidio Pacifici-Mazzoni⁷⁶, considerato unanimemente tra i massimi civilisti ed esegeti italiani del tempo, che dapprima nelle pagine del suo *Dizionario di Legislazione e di Giurisprudenza* (1864-1873), e poi in quelle del suo più celebre *Codice civile italiano commentato*, volume III: *Delle successioni* (1875), si espresse chiaramente a favore delle disposizioni fiduciarie, qualora l'onere, erede o legatario, avesse dichiarato che la disposizione in suo favore era stata fatta a lui soltanto nominalmente, ma in realtà fosse destinata ad altra persona, indicata in forza di un segreto accordo con il testatore, spingendosi fino ad affermare che «tale dichiarazione era valida e sufficiente per conferire la qualità e i diritti o d'erede o di legatario»⁷⁷.

Una conclusione di particolare favore quest'ultima – soltanto abbozzata nel 1866 – che il civilista marchigiano non mancherà di argomentare molto puntualmente nel 1875, partendo – come aveva fatto prima di lui il Pastore – da ciò che dal dettato normativo poteva evincersi con certezza.

«Questo divieto è inteso ad impedire le disposizioni fiduciarie che l'uso aveva introdotte; ed è inteso ad impedirle, a fin di chiudere per sempre l'adito alle liti intricate e spesso anche scandalose che provocarono. Benchè la espressione testuale si riferisca alla prova, nondimeno è manifesto che dalla legge è negata ogni azione per costringere l'erede e il legatario nominali o fiduciari a dichiarare la volontà affidata loro dal testatore. Il divieto della prova, che le disposizioni fatte in favore di persona dichiarata nel testamento siano soltanto apparenti, e che realmente riguardino altra persona, è talmente assoluto, che non vien meno neppure allora che nel testamento sianvi espres-

⁷³ Corte di appello di Catania, 22 dicembre 1882, Tirendi c. Fiorini, in «Il Foro italiano», vol. VIII, Part. I, 1883, cc. 431-435; «Monitore dei tribunali», vol. XXIII, 1883, pp. 492-494; «Annali della giurisprudenza italiana», vol. XVII, Part. II, 1883, pp. 145-146; Cassazione di Palermo, 21 agosto 1886, Tirendi c. Fiorini, in «Il Foro italiano», vol. XII, Part. I, 1887, cc. 555-559; «Monitore dei tribunali», vol. XXVIII, 1887, pp. 833-834.

⁷⁴ Ivi, pp. 55-61.

⁷⁵ V. Cattaneo, C. Borda, *Il codice civile italiano annotato*, 2ª ed. riveduta e aumentata, Torino, Camilla e Bertolero, 1873, pp. 628-629, sub. art. 829. Per un giudizio storiografico, forse fin troppo rigoroso, su quest'opera nel più generale panorama dell'esegesi italiana vedi G. Cazzetta, *Codice civile e identità giuridica nazionale*, cit., pp. 105-112.

⁷⁶ G. Chiodi, voce «Pacifici-Mazzoni, Emidio», in I. Birocchi et. al., *Dizionario biografico* cit., vol. II, pp. 1479-1481.

⁷⁷ E. Pacifici Mazzoni, *Dizionario di legislazione e giurisprudenza civile, commerciale, amministrativa e penale*, 6 voll., Roma, Pallotta, 1866, vol. III, p. 581.

sioni che indichino o facciano presumere la persona che, diversa da quella dichiarata nel testamento, si volle dal testatore gratificare. [...] A più forte ragione i presuntivi eredi legittimi non potranno pretendere di escludere dal beneficio della disposizione la persona dichiarata nel testamento; quand'anche da questo appaia nella maniera più certa e chiara, che quello dovrebbe realmente conseguirsi da altra persona ignota. Quegli cui in ipotesi la disposizione realmente riguardi, non può essere ammesso a far questa prova, neppure se abbia documenti scritti della promessa anco giurata, che la persona dichiarata nel testamento fece al *de cuius*, di eseguirne religiosamente gli estremi voleri a lei manifestati»⁷⁸.

Per questi motivi, sembra concludere il Pacifici-Mazzoni, «il mancamento del promittente sarà più grave, ma fuori del campo giuridico», e questo perché, in astratto «non v'ha disposizione testamentaria a favore dell'avversario di colui che è nominato nel testamento, come gratificato dal testatore», «né v'ha modo per esso di convergerla a favor suo» essendo preclusa la prova scritta e «destituita d'ogni valore è la stessa promessa» segreta dell'onerato al testatore⁷⁹.

Sulla base di questa premessa saremmo tentati di ricrederci, considerando il mancato adempimento della disposizione fiduciaria semplicemente come una condotta moralmente deprecabile, ma priva di qualsiasi rilevanza dal punto di vista strettamente giuridico. E pure, l'insoddisfazione che sembra trasudare dal registro provocatorio con cui il Pacifici-Mazzoni commenta il dettato normativo, ci viene confermata, qualche riga più sotto, da un interrogativo apparentemente del tutto pretestuoso: «Ma se l'erede o il legatario fiduciario manifesti spontaneamente la volontà affidatagli dal testatore, avrà effetto la disposizione a favore dell'erede o del legatario che verrà da lui nominato, come il vero gratificato?»⁸⁰.

Ad un primo sguardo – ammette Pacifici-Mazzoni – «non sembra neppure dubbia la soluzione negativa», e questo alla stregua dei principi contenuti negli artt. 834 e 835 del codice, secondo cui qualsiasi «disposizione testamentaria deve essere essenzialmente contenuta nel testamento; e deve esservi contenuta intera rispetto tanto ai beni che ne formano materia, quanto alle persone a cui favore sono fatte». Tuttavia, nel caso di specie, dove del vero gratificato non è fatta alcuna menzione nel testamento «dottrina e giurisprudenza certissima» considerano «la dichiarazione spontanea di fiducia [...] perfettamente valida»⁸¹.

La certezza incontestabile di questa validità – tralasciando qui l'analisi

⁷⁸ E. Pacifici Mazzoni, *Codice civile italiano commentato con la legge romana le sentenze dei dottori e la giurisprudenza*, vol. III: *Delle successioni*, Firenze, Eugenio e Filippo Cammelli, 1875, pp. 195-196.

⁷⁹ *Ivi*, p. 196.

⁸⁰ *Ivi*, p. 197.

⁸¹ *Ibidem*.

delle motivazioni del codice albertino e della giurisprudenza⁸², su cui pure l'autore si sofferma lungamente nella sua argomentazione – si può dedurre logicamente dallo stesso dettato codicistico, considerando le forme con le quali si costituisce e manifesta il rapporto fiduciario. La dichiarazione di fiducia, infatti, «può esser fatta in qualunque forma; perciocchè la legge non ne prescrive alcuna». Questo significa che la dichiarazione di fiducia, oltre che per atto pubblico e per scrittura privata, in giudizio o fuori, «potrà esser fatta anche verbalmente». «In vero, il fiduciario non riceve realmente la eredità, e perciò neppure a questa rinuncia, dichiarando la volontà confidatagli dal testatore». «Non mi dissimulo che questa maniera di dichiarare la fiducia è grandemente imperfetta e non soddisfa punto ai bisogni della pratica» – confessa Pacifici-Mazzoni – ma d'altronde «su qual fondamento potrassi esigere una forma solenne o anche solamente scritta, e dichiarar nulla la dichiarazione orale?»⁸³.

L'interrogativo è ovviamente retorico, e non ammette una risposta negativa, inducendo contemporaneamente il giurista marchigiano a dover concludere che non essendo sottoposta a vincoli formali di alcun genere, «alla fiducia è dato effetto, per rispetto alla obbligazione naturale o al dovere di coscienza assunti dal fiduciario verso il testatore»⁸⁴. Un'affermazione, quest'ultima, tutto sommato piuttosto scontata, cui era già giunta la dottrina giuridica precedente dal Pastore al Cattaneo, considerando *sic et simpliciter* la fiducia come un'obbligazione naturale. Ma è qui che il ragionamento del Pacifici-Mazzoni, sorprendentemente, finisce per ribaltare completamente il divieto normativo, dimostrando di non potersi accontentare di questa facile conclusione, e favorendo, invece, una soluzione meno rigorosa ma moralmente più accettabile.

La chiave di volta dell'argomentazione sta nel valore vincolante che l'ordinamento deve riconoscere all'obbligazione naturale, originata dal rapporto fiduciario extra-giuridico, ma che, una volta confessata, si fa vincolo giuridico rilevante. Infatti, se come Pacifici-Mazzoni ha dimostrato, il «modo, come essa [la fiducia] venga dichiarata dal fiduciario, è indifferente» – perché la legge non stabilisce una «forma sostanziale a cui la efficacia della dichiarazione sia subordinata»⁸⁵ – questo significa di conseguenza che ciò «che la legge vieta, è la chiamata del fiduciario in giudizio, per costringerlo a dichiarare la volontà confidatagli dal testatore». Non si vieta, invece, la disposizione fiduciaria, e questo è reso palese dal fatto che «quando egli [l'onerato], anziché valersi del diritto di rifiuto, dichiara in qualsiasi maniera la

⁸² Ivi, pp. 197-200.

⁸³ Ivi, p. 200.

⁸⁴ Ivi, p. 201.

⁸⁵ Ivi, pp. 201-202.

fiducia ricevuta, non deve essere ammesso a negare valore ed effetto ad una obbligazione naturale o ad un dovere di onore e coscienza, volontariamente assunto verso il testatore»⁸⁶. Ed è questa sorta di “confessione penitenziale” che rende la dichiarazione valida «a favore di qualsiasi persona, beninteso che sia capace di ricevere dal *de cuius*»⁸⁷, ancorché estranea al testamento. Senza ripercorrere il complesso itinerario casistico, che si snoda tra i molti esempi possibili di confessione, e di conflitto della stessa con i divieti previsti espressamente dal codice in materia successoria, l'autore giunge, in fine, a confermare la conclusione tratteggiata nel *Dizionario di Legislazione e di Giurisprudenza*, ribadendo nuovamente che «una volta dichiarata dal fiduciario la volontà manifestatagli dal testatore, egli, rispetto alla persona da lui designata come la vera gratificata dal testatore, deve considerarsi come se non fosse stato mai erede»⁸⁸.

Questo esito – per molti versi del tutto inaspettato da parte di un cultore servile dell'esegesi normativa come viene generalmente qualificato dalla storiografia giuridica il Pacifici-Mazzoni⁸⁹ – finisce, a sua volta, per mettere in discussione il valore della certezza delle disposizioni testamentarie, su cui si fonda l'intero sistema delle successioni contrattuali del Codice Pisanelli, e rende astrattamente la confessione dell'onerato addirittura più forte della viva voce del testatore. Il trasferimento della stessa qualità di erede dal fiduciario al vero designato avviene a seguito di un meccanismo del tutto estraneo al Codice civile, che si fonda su una sorta di metamorfosi dell'obbligazione naturale in obbligazione civile, per mezzo del fatto giuridico confessione, inteso alla stregua di una sanzione civile per l'onerato che ha confessato il legame fiduciario segretamente stretto con il testatore. Si tratta, evidentemente, di una lettura non molto ortodossa del testo normativo, che però richiede una contestualizzazione più generale nel pensiero giuridico del Pacifici-Mazzoni, rappresentando uno di quei modelli argomentativi sui quali si fonderà l'interpretazione della fiducia testamentaria sostenuta, in parte, dallo stesso Gianturco nella sua *Dissertazione*. Essa appartiene – è il caso di sottolinearlo – alla parte finale della vita e dell'opera del grande civilista marchigiano,

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ *Ivi*, p. 206.

⁸⁹ Per questo giudizio, anche qui forse troppo rigoroso, si veda G. Cazzetta, *Responsabilità aquiliana* cit., p. 40; Id., *Codice civile e identità giuridica nazionale* cit., p. 173; e più diffusamente M. Nardoza, *Manualistica e cultura del codice civile tra Otto e Novecento*, cit., pp. 53-79. In senso parzialmente contrario, invece, sempre in tema di successioni, ma con riferimento alla condizione dei figli naturali, si veda G. Chiodi, *Attenuare la disuguaglianza. La questione dei diritti successori dei figli naturali nell'Italia postunitaria: echi del dibattito da Pacifici-Mazzoni a Cimballi*, in P. Maffei, G.M. Varanini (a cura di) *Honos alit artes. Studi per il settantesimo compleanno di Mario Ascheri*, 4 voll., Firenze, Firenze University Press, 2014, vol. IV: L'età moderna e contemporanea, pp. 162-164.

quando questi si era già in parte affrancato da quell'esegesi più servile⁹⁰, per abbracciare una legalità meno formalistica⁹¹.

L'idea chiave per comprendere quest'allontanamento, nel nostro caso, sta nel considerare la fiducia quale rapporto ibrido, in qualche maniera estraneo ad una disciplina troppo rigorosa da parte dell'ordinamento giuridico, ma del quale, allo stesso tempo, il diritto non può disinteressarsi completamente, pena la sua incoerenza quale sistema complessivo delle relazioni umane. Il riferimento all'obbligazione naturale, in particolare, ha proprio il senso di rinviare ad un fondamento estraneo al diritto, che si fa giuridico, e dunque civile, solo a seguito della confessione, fatto dal quale discende giuridicamente lo spostamento della posizione di erede dall'onerato al vero successore.

Partendo da questa ricostruzione, saremmo tentati di ritenere che la posizione del Pacifici-Mazzoni debba considerarsi come isolata nel panorama della dottrina civilistica italiana del secolo XIX – addirittura “eccentrica” un po' come verrà definita quella del Gianturco – invece, probabilmente grazie alla sua particolare autorevolezza, questa sarà seguita da più di un'interprete. Tra questi – anche se non sono tutti citati nella bibliografia del Gianturco⁹² – si possono ricordare il professore di diritto civile torinese Giuseppe Buniva⁹³, nel suo *Trattato delle successioni legittime e testamentarie* (1870)⁹⁴, l'avvocato messinese Antonio Fulci⁹⁵, nella raccolta *Delle successioni legittime e testamentarie* (1873-1875)⁹⁶, il consigliere della Cassazione di Firenze Baldassarre Paoli⁹⁷, nelle sue *Nozioni elementari di diritto civile*

⁹⁰ Sul fermento culturale dell'ultimo Pacifici-Mazzoni, e sulla sua insoddisfazione verso la dottrina giuridica a lui contemporanea ha riflettuto di recente L. Lacchè, *Storia della scienza giuridica italiana e storia della magistratura: metodo, problemi e intersezioni*, in «Quaderni della Scuola Superiore della Magistratura», n. 6, 2021, pp. 29-30. Per valutare l'entità di questa tensione culturale, almeno nell'ultimo scorcio della sua vita, si può rinviare all'*Introduzione* dell'ultima edizione, pubblicata postuma, del suo celebre manuale istituzionale E. Pacifici Mazzoni, *Istituzioni di diritto civile italiano*, 3ª ed. ordinata a sistema e corredata della Giurisprudenza posteriore alla seconda, Firenze, Eugenio e Filippo Cammelli, 1880, vol. I (unico pubblicato in questa edizione), pp. VII-LX.

⁹¹ Sulla questione, in generale, si può rinviare alla lettura di M. Meccarelli, *Diritto giurisprudenziale e autonomia del diritto nelle strategie discorsive della scienza giuridica tra Otto e Novecento* in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», n. 40, 2011, pp. 721-745.

⁹² E. Gianturco, *Delle fiducie* cit., pp. VII-VIII.

⁹³ A. Abena, voce «Buniva, Giuseppe» in I. Birocchi et. al., *Dizionario biografico* cit., vol. I, pp. 359-360.

⁹⁴ G. Buniva, *Delle successioni legittime e testamentarie secondo il Codice Civile del Regno d'Italia: Trattato*, 2ª ed., Torino, Arnaldi, 1870, pp. 235-245.

⁹⁵ A. Cappuccio, Antonio Fulci, in G. Pace Gravina (a cura di), *Avvocati a Messina. Giuristi tra foro e cattedra nell'età della codificazione*, Messina, GBM, 2007, pp. 101-114; V. Calabrò voce «Fulci, Antonio» in I. Birocchi et. al., *Dizionario biografico* cit., vol. I, pp. 911-360.

⁹⁶ A. Fulci, *Delle successioni legittime e testamentarie*, Messina, Tipografia Popolare, 1873-1875, nota sub. art. 829.

⁹⁷ S. Ambrosio, voce «Paoli, Baldassarre», in I. Birocchi et. al., *Dizionario biografico* cit., vol. II, p. 1503.

(1875)⁹⁸. Certo non una grande folla, ma pur sempre un folto ed eterogeneo gruppo di specialisti del *iure* che vale, comunque, a segnalare una piuttosto inedita spaccatura nella *paleocivilistica* post-unitaria, i cui più noti esponenti dal maceratese Francesco Ricci⁹⁹ al ferrarese Luigi Borsari¹⁰⁰, passando per Bianchi, Vitali e Mirabelli¹⁰¹, si accontentavano, nella maggior parte dei casi, di estendere i confini del divieto della prova alla stessa disposizione fiduciaria, parafrasando acriticamente le argomentazioni dei commentari francesi più celebri dalle *Institutes de droit civil français* (1808) del Delvincourt fino a quelle più recenti del *Cours de droit civil français* (1836-1846) di Aubry e Rau, senza tralasciare le pagine di Demolombe, Duranton, Troplong, Loqué, Marcadé e Laurent, tutte più o meno sfavorevoli ad una ammissibilità della fiducia testamentaria, stante il divieto desumibile dal dettato del *Code civil*. È per questo motivo che, per quanto la si cercasse assiduamente, la risposta al quesito sull'obbligatorietà della disposizione fiduciaria confessata era del tutto estranea al dibattito degli esegeti francesi, che non si ponevano affatto la questione. Ed è probabilmente questa stessa circostanza che indusse quella parte più fervente della civilistica italiana, di cui il Pacifici-Mazzoni ed il Cattaneo sono l'esempio più eclatante, ad argomentare una soluzione autonoma, del tutto slegata dalle considerazioni dei giuristi d'oltralpe, tanto contestabile, dal punto di vista strettamente normativo, quanto indicativa di un'analisi giuridica che poteva ritenersi, per una volta, frutto dell'*Italian style*¹⁰². Fondata giuridicamente sull'applicazione pratica di quelli che lo stesso Cattaneo, già nel 1865, alla prima edizione del suo commentario, non esitava a denominare come «*principi generali del diritto*», ossia quelle «idee fondamentali del giusto tratte dal diritto naturale, che si perpetuano malgrado i più profondi cambiamenti di legislazioni, e che, sublimite in principii per mezzo dell'uso e della tradizione, hanno la stessa forza che avrebbero se fossero state distese in articoli di legge»¹⁰³.

⁹⁸ B. Paoli, *Nozioni elementari di diritto civile*, vol. II: *Le successioni testamentarie secondo il Codice civile italiano*, Genova, Tipografia R. I. de'sordo-muti, 1875, pp. 266-268.

⁹⁹ F. Ricci, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, vol. III: *Delle successioni*, Torino, Unione-Tipografica Editrice Torinese (UTET), 1893, pp. 267-274.

¹⁰⁰ L. Borsari, *Commentario del codice civile italiano*, vol. III, Part. 1, Torino, Unione-Tipografica Editrice Torinese (UTET), 1874, pp. 491 ss.

¹⁰¹ Queste posizioni sono ben riassunte e sistematizzate, con i riferimenti alla dottrina francese e alla giurisprudenza, in C. Losana, voce «*Successioni testamentarie*», in *Il Digesto italiano*, XXII, parte IV, Torino, Unione-Tipografica Editrice Torinese (UTET), 1896, pp. 191-2111. In queste pagine, l'autore confuta tanto le argomentazioni del Pacifici-Mazzoni quanto quelle del Gianturco, dando conto, allo stesso tempo, della controversia con il Cimbalì vedi *Infra* paragrafo 5.

¹⁰² Su questa categoria, intesa quale «dimensione "antropologica" del giurista italiano» dell'Ottocento, v. L. Lacchè, *Sulla vocazione del giurista italiano* cit., pp. 233-236.

¹⁰³ V. Cattaneo, C. Borda, *Il codice civile italiano annotato*, 1^a ed., Torino, Dell'Unione Tipografico-Editrice, 1865, p. 30, sub. art. 3. Per una contestualizzazione di questo passaggio, e per una critica rispetto alla delicata questione del diritto naturale e dei principi generali del diritto vedi G.

2.2. *L'interpretazione storico-razionale della fiducia come obbligazione civile in senso stretto.*

In questo punto esatto del dibattito – tra la compiuta teorizzazione del Pacifici-Mazzoni ed il *revirement* della giurisprudenza tardo ottocentesca – si innesta la monografia del Gianturco, che tenta di risolvere la questione della fiducia, prendendo le mosse dalle conclusioni del giureconsulto marchigiano, con un orientamento però differente, che potremmo definire più strettamente civilistico, ma non per questo rigidamente formalista. Si tratta di una metodologia argomentativa che, nel solco del *canone eclettico*, ci riporta all'applicazione, con qualche correttivo *liberal-solidarista*, di quel metodo *storico-razionale* – proprio della scuola giuridica napoletana, e più in generale meridionale dell'Ottocento – eminentemente pratico nel suo orientamento teleologico, ma fondato su una solida conoscenza delle fonti storiche – per lo più romanistiche e di diritto comune – asservita, però, ad una lettura razionalmente orientata del dettato codicistico, sempre verificato nei suoi assiomi teorici sulla base di un rigoroso riscontro casistico.

Dell'evoluzione storico-giuridica e dei fondamenti teorici e culturali di questo approccio tesserà le lodi Enrico Pessina¹⁰⁴ nel suo celebre discorso sulla scuola giuridica napoletana del 1882¹⁰⁵, pronunciato per la commemorazione dei busti degli avvocati partenopei¹⁰⁶ nel salone d'onore del Castel Capuano di Napoli, e che vedeva, tra gli altri, nel civilista Roberto Savarese¹⁰⁷

Cazzatta, *Codice civile e identità giuridica nazionale* cit., pp. 108-112; A. Sciumè, *Principi generali del diritto. Itinerari storici di una formula*, Torino, Giappichelli, 1998, pp. 41-90; Id. *Principi generali del diritto nell'ordine giuridico contemporaneo (1837-1942)*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 19-66, 107-162. Il pensiero giuridico del Cattaneo esattamente come quello del Pacifici-Mazzoni – come si è provato a far emergere – è stato oggetto di una lettera particolarmente rigorosa da parte dalla storiografia, che forse è opportuno ridimensionare, guardando anche a questa singolare vicenda.

¹⁰⁴ D. Luongo, *Enrico Pessina*, in S. Borsacchi, G. S. Pene Vidari (a cura di), *Avvocati che fecero l'Italia*, Bologna, il Mulino, 2011, pp. 673-682; M. N. Miletta, voce «Pessina, Enrico», in I. Birocchi et. al., *Dizionario biografico* cit., vol. II, pp. 1554-1558.

¹⁰⁵ E. Pessina, *La scuola storica napoletana nella scienza del diritto: discorso*, letto il 5 marzo del 1882 nella grande aula della Corte di appello di Napoli, in L. Landolfi (a cura di), *I busti di Castelcapuano. 5 marzo 1882*, Napoli, Morano, 1882, pp. 49-80.

¹⁰⁶ Sulle vicende dell'avvocatura napoletana come corpo di specialisti del diritto, non soltanto pratici, ma impegnati anche nella speculazione dottrinale, e più in generale culturale meridionale dell'Ottocento vedi P. Beneduce, *Il corpo eloquente: identificazione del giurista nell'Italia liberale*, Bologna, il Mulino, 1996; A. Cafiero, *Storia dell'avvocatura napoletana in età liberale*, Napoli, Lettere italiane, 1997; A. Lovato, *Diritto romano e avvocatura napoletana intorno alla metà dell'Ottocento*, in «Labeo», XLIII, I, 1997, pp. 75-102; S. Torre, I «Principi del Foro». *L'avvocatura napoletana dai Borboni all'unità d'Italia*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane (ESI), 2013.

¹⁰⁷ A. Lovato, voce «Savarese, Roberto», in I. Birocchi et. al., *Dizionario biografico* cit., vol. II, pp. 1808-1809; S. Torre, voce «Savarese, Roberto», in *Dizionario Biografico degli italiani*, vol. XC, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, 2017, pp. 747-750. Sulla genesi del metodo *storico-razionale* di Savarese e sulla cultura «eclettica» di cui si nutrivà il

il suo grande fondatore, ed in Giuseppe Pisanelli¹⁰⁸ il suo alfiere più autorevole, oltre che nella rivista *Il Filangieri*¹⁰⁹ il suo più elegante salotto culturale¹¹⁰. L'afferenza del giovane Gianturco a questa scuola è dimostrata, oltre che dal metodo di argomentazione utilizzato – su cui ci soffermeremo di qui a breve – e dalla collocazione dei suoi primi contributi pubblicati tutti tra le pagine de *Il Filangieri*, anche da un fattore che possiamo definire generazionale. Tanto il suo maestro civilista, Diego Colamarino, quanto il suo *patron* romanista, il pugliese Giuseppe Polignani¹¹¹, si erano formati entrambi sotto

suo pensiero giuridico, sempre orientato verso la prassi applicativa, si rinvia allo splendido affresco tracciato da E. Cenni, *Della mente e dell'animo di Roberto Savarese*, in F. Persico (a cura di), *Scritti forensi di Roberto Savarese*, Napoli, Giuseppe Margieri, 1876, pp. V-CIII.

¹⁰⁸ M. N. Miletti, *Giuseppe Pisanelli*, in S. Borsacchi, G. S. Pene Vidari (a cura di), *Avvocati che fecero l'Italia*, cit., pp. 689-724; C. VANO voce «Pisanelli, Giuseppe», in Birocchi *et. al.*, *Dizionario biografico* cit., vol. II, pp. 1600-1602. Per ricostruire il pensiero giuridico di Pisanelli, e la sua appartenenza al cenacolo partenopeo tra foro, università e scuole giuridiche private, si vedano alcuni dei saggi raccolti in C. Vano (a cura di) *Giuseppe Pisanelli. Scienza del processo, cultura delle leggi e avvocatura tra periferia e nazione*, Napoli, Jovene, 2005; ed in particolare, O. Confessore, *Giuseppe Pisanelli, un mediatore meridionale "schiettamente italiano"*, pp. 127-148; L. Lacchè, *Il discorso costituzionale nell'opera di Pisanelli*, pp. 149-173; A. De Nitto, *Intorno al problema della legislazione in Giuseppe Pisanelli*, pp. 185-208; L. Nuzzo, *L'ombra del monumento. Giuseppe Pisanelli e la cultura giuridica di una periferia*, pp. 269-312; G. Vallone, *Teoria e pratica del diritto in Giuseppe Pisanelli*, pp. 315-342.

¹⁰⁹ È forse superfluo ricordarlo ma, a partire dalla sua fondazione nel 1876, ad opera di Giuseppe Pisanelli, Federico Persico, Enrico Pessina e Giuseppe Polignani, e con redattori in capo gli avvocati Giuseppe Trono e Pasquale Grippo, *Il Filangieri. Rivista periodica mensile di scienze giuridiche e politico-amministrative*, a vocazione eminentemente pratica, raccoglieva, intorno al suo comitato di direzione, tutto il meglio della scuola giuridica e del foro napoletano (e meridionale) del tempo. Basta sfogliare il primo numero della rivista (limitandoci soltanto ai civilisti ed ai romanisti) per ritrovare molti tra i nomi dei più eminenti giureconsulti del tempo, quali Diego Colamarino, Nicola de Crescenzo, Francesco de Filippis, Giuseppe Polignani, Pasquale Stanislaw Mancini, Luigi Froio, Stefano Iannuzzi e molti altri, tutti legati a quella cerchia dove si ritrovano gli allievi e promotori della dottrina civilistica di Roberto Savarese e del suo metodo *storico-razionale*. Questa professione di fede trova una riscontro documentale nella recensione densa che il redattore Giuseppe Trono dedica, in apertura della rassegna bibliografica, alla raccolta delle allegazioni processuali del Savarese, curata dal direttore della rivista Erico Persico, con introduzione dello storico e giurista Enrico Cenni (*Della mente e dell'animo di Roberto Savarese*, cit.), e pubblicata quello stesso anno per commemorare la scomparsa del giureconsulto napoletano (G. Trono, [Recezione a] *Scritti forensi di Roberto Savarese*, in «Il Filangieri», anno I, Parte I, 1876, pp. 174-176).

¹¹⁰ Sulla dimensione culturale delle riviste giuridiche nell'Ottocento quale «medium per costruire una sfera pubblica dei giuristi», come «un laboratorio ma anche un pubblico», e ancora come spazio di confronto specialistico «che mette in collegamento i giuristi con i lettori» specializzati, stimolando confronti, v. L. Lacchè, M. Stronati, *La 'cultura' delle riviste e le scienze criminali. Introduzione*, in Id. (a cura di) *Una tribuna per le scienze criminali. La 'cultura' delle Riviste nel dibattito penalistico tra Otto e Novecento*, Macerata, EUM, 2012, pp. 7-19.

¹¹¹ A. Lovato voce «Polignani, Giuseppe», in I. Birocchi *et. al.*, *Dizionario biografico* cit., vol. II, pp. 1611-1612. Sull'appetenza del Polignani alla scuola di Roberto Savarese vedi F. P. Casavola, *La Romanistica napoletana. Dalla seconda metà dell'800 alla Grande guerra*, in F. Galgano, R. Basile (a cura di), *Il Palazzo dell'Università. Casa comune della cultura giuridica*, Catalogo della Mostra-Convegno per i cento anni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II, Napoli, Federico II University Press, 2019, p. 25.

gli auspici di questo stesso metodo, che era il più comune tra i giuristi e gli avvocati cresciuti nell'ambiente del foro napoletano. E pur innovandolo in parte, soprattutto quanto ai riferimenti culturali stranieri, tutti e due ne trasferirono la sostanza ai loro discepoli, che, più o meno fedelmente, ne riproposero i postulati nelle loro trattazioni, come avviene per il giovane giurista lucano nella sua *Dissertazione* del 1882.

Come era prevedibile dai canoni prediletti dagli accademici italiani dell'Ottocento, «il libro di Gianturco sulla fiducia si presenta perfettamente diviso fra storia e dottrina»¹¹², con una fortissima sinergia tra lo studio delle radici storiche dell'istituto, e le sue ricadute sull'esegesi delle norme codicistiche, con il ricorso «alle fonti romane e alla dottrina del diritto comune, dalle quali era possibile trarre sussidi utili a costruire una convincente ermeneutica delle disposizioni vigenti»¹¹³. Di questa tecnica argomentativa, che rappresentava in qualche caso l'anticamera dell'esegesi più servile, il giovane Gianturco dimostra, con grande furbizia, di essere padrone e di saperla sfruttare a suo vantaggio, senza per questo però sovrapporre il piano dell'analisi storica delle fonti romane e di diritto comune con quello dell'interpretazione razionale del dettato codicistico.

Quanto alla prima parte del lavoro, quella più propriamente storiografica¹¹⁴ – che rappresenta la prima fase del metodo *storico-razionale* – l'obiettivo manifesto è quello di dimostrare che «le fiducie nel senso proprio furono ignote al diritto romano»¹¹⁵, avvalorando, con l'analisi di ulteriori fonti, una posizione che era stata già espressa dal romanista e pandettista Filippo Serafini¹¹⁶, in un suo breve scritto sulla fiducia comparso nell'*Archivio giuridico* nel 1869¹¹⁷, profondamente critico nei confronti dell'argomentazione del Buniva sull'ammissibilità delle disposizioni fiduciarie¹¹⁸. La trattazione sul diritto romano – come il resto della disamina storica del Gianturco quanto al Medioevo – appare ricca e pregevole in rigore scientifico, e reca l'impronta degli studi pandettistici del Polignani¹¹⁹, con il riferimento ampio alla lette-

¹¹² F. Treggiari, *L'oro e la coscienza*, cit., p. 65.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ E. Gianturco, *Delle fiducie* cit., pp. 1-36.

¹¹⁵ *Ivi*, p. 3.

¹¹⁶ E. Stolfi, voce «*Serafini, Filippo*», in I. Birocchi et. al., *Dizionario biografico* cit., vol. II, pp. 1850-1851.

¹¹⁷ F. Serafini, *Nuovi studii sulle disposizioni d'ultima volontà rimesse all'arbitrio di una terza persona secondo il diritto romano e il codice civile italiano con riguardo alla recente opera di Arndts*, in «*Archivio giuridico*», IV, 1869, p. 177.

¹¹⁸ *Ivi*, pp. 184-185.

¹¹⁹ Un riferimento obbligato, sia pur non citato dal Gianturco, furono certamente tanto G. Polignani *Sinopsi delle pandette giustinianee [...] ad uso de' suoi uditori*, vol. I: *Parte generale*, Napoli, Francesco Giannini, 1874; che egli dovette ascoltare dalla viva voce del Maestro nei suoi corsi di diritto romano alla Reggia università di Napoli; quanto, ovviamente, T. Marezoll, *Trattato delle istituzioni del diritto romano*, tradotto dall'originale tedesco sull'ottava edizione di Lipsia 1866 per

ratura tedesca e, prevalentemente, alle pandette nella ricostruzione di Christian Friedrich von Glück¹²⁰, oltre che allo studio delle fonti del diritto germanico di Otto Stobbe¹²¹. L'analisi romanistica appare tanto rigorosa, e ricca di riferimenti diretti ai frammenti del *Corpus iuris civilis*, da meritare molte citazioni, al fianco di quelle di autori molto più importanti di lingua tedesca, nella ricognizione storica della voce *Fedecommesso* del *Digesto Italiano* (1895)¹²², redatta da uno dei massimi romanisti del tempo, il toscano Biagio Brugi¹²³, e finisce per sostituirsi completamente al breve contributo del Serafini, di cui Brugi non fa menzione neanche in bibliografia. Senza dilungarci sulle questioni romanistiche e sul diritto medievale, che esulerebbero dalla nostra trattazione, possiamo riassumere la conclusione cui giunge il Gianturco, riprendendo una riflessione introduttiva, che ci sembra particolarmente degna di considerazione, soprattutto per il modo in cui mette a nudo una prassi tipica, non soltanto tra i giureconsulti medievali, ma anche, tra i più dotti giuristi a lui contemporanei, e che si sostanzialmente in un utilizzo, a fini legittimanti, del diritto romano, anche quando questo significava snaturarne l'autentico contenuto storico¹²⁴, come era avvenuto nel caso della fiducia.

«A misura, che l'antico principio romano della certezza dell'eredità viene scosso e quasi abrogato dal diritto consuetudinario, le fiducie si fanno strada; e glossatori danno

Giuseppe Polignani, 2^a ed. italiana con l'aggiunta di un quadro cronologico della storia del diritto romano e di un indice di tutti i titoli de' libri di diritto civile e canonico, Napoli, Perrotti, 1866; che fu presumibilmente il manuale di diritto romano su cui si formò il giovane Gianturco. Per un'analisi strutturata dell'avvento della pandettistica in Italia, almeno quanto alla traduzione ed annotazione delle opere tedesche da parte dei romanisti italiani tra XIX e XX secolo vedi F. Furfaro, *Recezione e traduzione della Pandettistica in Italia tra Otto e Novecento. Le note italiane al Lehrbuch des Pandektenrechts di B. Windscheid*, Giappichelli, Torino, 2016. In particolare, sulla traduzione delle pandette di Marezoll ad opera del Polignani, Ivi, pp. 177-184.

¹²⁰ In questa prospettiva la scelta di utilizzare le pandette di Glück non appare casuale, soprattutto per i loro tipico approccio pratico che si rivolge più agli avvocati per le loro allegazioni forensi che ai dotti scienziati per le loro ricostruzioni storiche. Cfr. F. Furfaro, *Recezione e traduzione della Pandettistica* cit., pp. 212-220.

¹²¹ Sull'opera di questo celebre germanista dell'Università di Lipsia v. B. Scholze, *Otto Stobbe (1831-1887). Ein Leben für die Rechtsgermanistik*, Berlino, Duncker & Humblot, 2002.

¹²² B. Brugi, voce «*Fedecommesso (diritto romano, intermedio, odierno)*», in *Il Digesto italiano*, XI, Parte I, Torino, Unione-Tipografica Editrice Torinese (UTET), 1895, p. 588-669.

¹²³ A. Masi, voce «*Brugi, Biagio*», in I. Bircocchi et. al., *Dizionario biografico* cit., vol. I, pp. 342-345. Sul pensiero di Brugi, e sulla sua modernità, non si può fare a meno di citare per un approfondimento monografico M. Meccarelli, *Un senso moderno di legalità. Il diritto e la sua evoluzione nel pensiero di Biagio Brugi*, in «*Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*», n. 30, 2001, pp. 361-476.

¹²⁴ Lo studio del diritto romano come strumento di interpretazione per colmarne le lacune del diritto codificato o per razionalizzarlo, aveva dato origine, già dai tempi delle prime codificazioni preunitarie ad un vero e proprio genere letterario-giuridico di commento e confronto cfr. R. FERRANTE, *I codici civili confrontati al diritto romano. Un genere letterario e un'ideologia giuridica nel passaggio dal diritto comune al diritto codificato* in D. Mantovani, A. Padoa-Schioppa (a cura di), *Interpretare il Digesto: storia e metodi*, Pavia, IUSS Press, 2014, pp. 487-499.

loro una fisionomia giuridica romana, facendo tesoro di alcune leggi del Digesto e del Codice. La fiducia nacque a parer mio pel simultaneo concorso di molte e varie cause, fra cui il *ius spoli*, il *mortuarium*, e l'istituto dei *manufideles*; ma, benché fossero ignote e all'antico e all'ultimo diritto romano, pure per opera di glossatori e dei pratici posteriori trovarono in questo gli elementi giuridici, con cui furono disciplinate. Vi è negli antichi giuristi una generale tendenza, la quale nasceva dal concetto che il diritto romano contenesse tutti gli elementi per costruire una legislazione compiuta per ogni popolo e in ogni età; la tendenza cioè di ridurre a tipi romani anche gli istituti nuovi, nati da diverse cause e diretti a soddisfare diversi bisogni, quasi che la produttività giuridica si fosse del tutto esaurita in Roma»¹²⁵.

Più che al diritto romano ed alla tradizione di diritto comune, dunque, per rispondere alla questione dell'ammissibilità della fiducia nel diritto civile italiano in prospettiva storica, secondo Gianturco – ripercorrendo in questo la strada intrapresa prima di lui dal Pacifici-Mazzoni, ma senza citarlo direttamente – bisognava guardare alla genesi dell'art. 809 del Codice albertino che «rimutò un tratto l'istituto delle fiducie, respingendo tanto l'antica dottrina, che in ogni caso le dichiarava valide, quanto la francese, che li annullava»¹²⁶. Fondamentali a questo scopo appaiono i lavori preparatori del testo sabaudo che «hanno importanza grandissima per la retta intelligenza del diritto vigente», tanto per «la discussione profonda che ebbe luogo su questo argomento», ed altrettanto «perché l'articolo 829 del Codice civile italiano, tranne alcuni piccoli mutamenti di pura forma, è identico al citato articolo 809»¹²⁷. Da questa lettura emergerebbe, senza alcun dubbio secondo Gianturco, che la Commissione legislativa che aveva redatto il testo dell'articolo 809, nella sua versione originale, prima della modifica in Consiglio di Stato, «non aveva in mira di togliere anche l'obbligazione naturale del fiduciario»¹²⁸ – come per altro era stato già sostenuto dal Pastore nel 1841 – tanto è vero che la prima versione della norma recitava:

«Quando l'erede o legatario adempiendo la fede data al testatore, dichiara le persone, a cui favore sia realmente fatta la disposizione, questa dichiarazione essendo fatta per atto pubblico, avrà bensì effetto tra il dichiarante la persona da lui dichiarata, ma non toglierà le azioni dei creditori e legatari verso il dichiarante, ne pregiudicherà i terzi, chi avessero prima di tal dichiarazione con lui contratto, ni i figliuoli relativamente alla quota di legittima ai medesimi dovuta»¹²⁹.

Il testo, ovviamente, è molto diverso, e certamente più esplicito, di quello dell'articolo 809 approvato successivamente, ma questo induce il Gianturco a ritenere, a maggior ragione, che dal punto di vista della ricostruzione sto-

¹²⁵ E. Gianturco, *Delle fiducie* cit., pp. 2-3.

¹²⁶ Ivi, p. 26.

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ Ivi, p. 28.

¹²⁹ Ivi, p. 29.

rica non si possa negare un certo favore, da parte dei redattori, per l'ammissibilità delle disposizioni fiduciarie in caso di confessione, nonostante quella modifica dettata da ragioni di opportunità. Questo viene confermato, se si considera che «nei diversi progetti del codice civile italiano l'articolo 809 non subì che lievissimi mutamenti di forma, e non fu fatta alcuna proposta per mutare la dottrina delle fiducie»¹³⁰. E da questo si può dedurre, a sua volta, che i principi che avevano guidato i lavori della Commissione sabauda dovevano considerarsi, a tutti gli effetti, validi anche per l'art. 829 del codice vigente, ossia «che le fiducie [...] non furono né del tutto permesse, né del tutto vietate» e che «esse si debbono nettamente distinguere dall'istituzione di erede e dai legati rimessi all'arbitrio di terzo»¹³¹. Questo secondo principio, in particolare, era stato oggetto di una conferma da parte della giurisprudenza della Corte di Cassazione di Milano, 31 maggio 1861¹³², con la quale il supremo giudice di legittimità aveva provveduto a risolvere la pretesa antinomia tra il divieto di disposizione a favore di persona incerta da nominarsi da un terzo e la fiducia, dichiarando implicitamente valide le disposizioni fiduciarie, ove queste non fossero state contrastanti con altri divieti previsti dal codice. Per questo motivo, concludendo la sua disamina storica, Gianturco sente di poter affermare, che «oggi la giurisprudenza è tutta concorde nel ritenere, che l'articolo 829 non è in antinomia con l'articolo 834» del codice, e «che quindi le istituzioni fiduciarie sono validissime e conferiscono la qualità di erede a chi è nominato nel testamento»¹³³, come avevano concluso, prima di lui, il Cattaneo ed il Pacifici-Mazzoni.

Tuttavia, l'analisi storiografica e giurisprudenziale, da sola, non rappresenta che una parte dell'argomentazione propria al metodo *storico-razionale*, ed a questa è necessario aggiungere tutte le considerazioni che si possono trarre dall'applicazione della logica-deduttiva all'intero articolato codicistico. Ed è qui che emerge tutta quella prospettiva sistemica che caratterizzerà il pensiero maturo del Gianturco, ma anche – e forse soprattutto – quella sua più sottile tendenza al realismo, che lo spingerà a mettere in discussione la stessa opportunità della scelta normativa, suggerendo al legislatore una riforma tale da adeguare il diritto vigente ai bisogni concreti della società.

Il grimaldello sul quale fondare l'ammissibilità della fiducia, a differenza di quanto aveva sostenuto il Pacifici-Mazzoni, partendo dalle forme del rapporto fiduciario extra-giuridico, è da ricercarsi, invece, per Gianturco, all'interno dello stesso Codice civile, partendo dalla definizione della natura giuridica della confessione, ed interrogandosi sull'opportunità di annoverar-

¹³⁰ Ivi, pp. 33-34.

¹³¹ Ivi, p. 34.

¹³² Vedi su questa decisione *supra* paragrafo 2.1, con la relativa bibliografia.

¹³³ E. Gianturco, *Delle fiducie* cit., p. 36.

la nella categoria delle prove in senso stretto. La premessa, in maniera del tutto provocatoria, è negativa:

«Così come redatto l'articolo 829 del nostro codice civile, parrebbe, che neanche la confessione del fiduciario possa dare al vero erede o legatario il diritto di pretendere l'adempimento delle disposizioni fiduciarie contenute nel testamento. Secondo il nostro codice, la confessione trova posto nel sistema delle prove; quindi anch'essa dovrebbe essere inefficace ed inammissibile, perché compresa nel divieto generico di qualsiasi prova»¹³⁴.

Tuttavia, prosegue Gianturco, «se l'obbligazione del fiduciario non fosse stata neanche un'obbligazione naturale, egli [il testatore] avrebbe dovuto osservare la forma solenne della donazione per trasferire l'eredità al vero erede», non istaurandosi tra testatore ed onerato alcun legame giuridicamente rilevante, oltre quello della designazione ereditaria *pro tabula*. Questo, come suggerisce la giurisprudenza, non è il caso e dunque, se in prima analisi non è in discussione la natura della fiducia come obbligazione naturale, c'è da chiedersi se la confessione possa considerarsi, a pieno titolo, come una sua forma di prova, in senso stretto. A tal proposito, in effetti, «la confessione benché sia comunemente chiamata *probatio probatissima*, non è a rigore una vera prova; essa appunto dispensa dal farne qualsiasi altra, perché sarebbe del tutto inutile»¹³⁵. E questo poiché – secondo Gianturco – la confessione non è altro che «lo spontaneo riconoscimento di un diritto altrui, e del dovere, che in conseguenza passa su noi, di fare, dare o prestare qualcosa»¹³⁶.

Si tratta di una ricostruzione che è in aperto contrasto con quanto scrivevano sulla natura giuridica della confessione i commentatori del Codice di procedura civile del 1865 e tutta la civilistica in tema di ricognizione dei debiti¹³⁷, con Mancini, Pisanelli e Scialoja in testa¹³⁸, il cui celebre commentario al codice di procedura sabauda, non a caso, Gianturco si guarda bene dal richiamare. Sebbene – ed è qui che si inizia ad intravedere il modo *razional-civilistico* di analizzare gli istituti giuridici del Gianturco, ed in parte la sua

¹³⁴ Ivi, p. 40.

¹³⁵ Ivi, p. 41.

¹³⁶ *Ibidem*.

¹³⁷ Sulla confessione come prova in materia civile, e sulla sua natura giuridica com'era intesa dalla civilistica dell'Ottocento, si può rinviare per tutti a C. Lessona, voce «*Confessione (Materia civile)*», in *Il Digesto italiano*, VIII, parte I, Torino, Unione-Tipografica Editrice Torinese (UTET), 1896, pp. 787-841.

¹³⁸ P. S. Mancini, G. Pisanelli, A. Scialoja, *Commentario del codice di procedura civile per gli Stati Sardi con la comparazione degli altri Codici Italiani, e delle principali legislazioni straniere*, 9 voll., Torino, Amministrazione della Società Editrice, 1861, vol. III, pp. 8-127; in buna parte rifluito in D. Galdi, *Commentario del Codice di procedura civile del regno d'Italia*, 8 voll., Torino, Unione-Tipografica Editrice Torinese (UTET), 1890, vol. IV, pp. 285-371. Sul ruolo preminente di queste tre figure nella civilistica della prima metà dell'Ottocento si osservi il quadro genere tracciato in I. Birocchi, E. Mura, *La missione del giurista. L'itinerario parallelo di Emilio Betti e Aurelio Candian*, Torino, Giappichelli, 2022, pp. 173-174.

prospettiva realista – la confessione, viene intesa non come prova giudiziale, con tutte le sue ritualità, ma come semplice fatto giuridico, per mezzo del quale si realizzerebbe una sorta di «novazione della preesistente obbligazione naturale» dedotta in testamento, tale da conferire «efficacia giuridicamente obbligatoria allo spontaneo riconoscimento della fiducia»¹³⁹. L'obbligatorietà della disposizione fiduciaria, una volta confessata, infatti, non discenderebbe più dall'atto testamento, ma da un'obbligazione civile, in senso stretto, fondata sulla confessione spontanea dell'onerato.

A supporto di questo bisogna, peraltro, considerare che – secondo la teoria del Gianturco – l'obbligazione del fiduciario rappresenterebbe una particolare tipologia di obbligazione naturale, caratterizzata dal fatto che «acquista un'efficacia pel solo fatto del riconoscimento»¹⁴⁰. Un esempio del tutto analogo, previsto dal codice, sarebbe quello del «debitore, che confessa con giuramento l'esistenza di un debito prescritto in un termine breve», e che «può [...] essere costretto al pagamento»¹⁴¹ ai sensi dell'art. 2142 cod. civ. «In questo caso anzi, come in quello della fiducia, si parla impropriamente di obbligazione naturale» – precisa Gianturco – «poiché mentre questa [l'obbligazione naturale] non è garantita da un'azione, ma da una semplice eccezione», viceversa «la legge [...] non nega l'azione al creditore di certi crediti prescritti o all'erede vero», ma gli «nega la prova, o la vuole solo di una determinata specie, come il giuramento o la confessione spontanea»¹⁴².

È opportuno precisare, altresì, che quando Gianturco si riferisce alla novazione non lo fa in senso proprio¹⁴³, perché nel caso di specie «non vi sono due obbligazioni, di cui l'una naturale viene innovata, e da causa all'altra civile [...] ma bensì una sola obbligazione dapprima sfornita di prova, che diviene efficace in seguito alla prova spontaneamente fornita dal fiduciario»¹⁴⁴. Quest'ultimo accorgimento, che può apparire irrilevante, ha la funzione non secondaria di preservare i diritti dei terzi e dei creditori dalla dichiarazione della fiducia improvvisa da parte dell'onerato, che, se fosse novativa in senso proprio, avrebbe finito per travolgere inesorabilmente il loro diritto, a favore del vero erede dichiarato. Una conclusione, quest'ultima, che si rivelerebbe, per il giurista lucano, logicamente inammissibile e socialmente inopportuna.

Partendo da questa soluzione – fondata su una sorta di novazione impropria della causa dell'obbligazione, e su una altrettanto impropria obbligazione naturale – Gianturco affronta una serie di casistiche, facendo sfoggio

¹³⁹ E. Gianturco, *Delle fiducie* cit., p. 41.

¹⁴⁰ Ivi, p. 44.

¹⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴² *Ibidem*.

¹⁴³ Sul tema della novazione, nella sua ricostruzione classica tra Otto e Novecento, si veda per tutti la panoramica offerta da M. Battista, voce «Novazione», in *Il Digesto italiano*, XVI, cit., pp. 452-497.

¹⁴⁴ E. Gianturco, *Delle fiducie* cit., p. 45.

delle sue abilità nella risoluzione di questioni pratiche, tratto tipico del suo magistero maturo¹⁴⁵. Tra gli altri casi considerati, possiamo ricordare quello della buona o cattiva fede dell'erede onerato¹⁴⁶, quello degli effetti delle dichiarazioni tra eredi e fiduciari¹⁴⁷ e quello della fiducia ordinata dal testatore in favore dell'incapace¹⁴⁸, che hanno la funzione, in prospettiva teorica, di restringere progressivamente il campo di applicazione della sua stessa ricostruzione, in maniera tale da non vanificare completamente il principio della libera volontà del testatore e della certezza delle disposizioni testamentarie *pro tabula*, scongiurando, allo stesso tempo, il paradosso in cui era caduto il Pacifici-Mazzoni con la sua conclusione.

«Anche eliminando il concetto della nuova causa, o almeno interpretandolo molto restrittivamente come noi abbiamo fatto, rimane fermo che il fiduciario, se non fa la dichiarazione si considera, come erede; fatta, che l'abbia, si considera come un semplice depositario anche per il tempo precedente. A questo modo si è scosso il principio *semel haeres, semper haeres*; e si è creato un istituto ibrido e per sé contraddittorio»¹⁴⁹.

Con questa presa d'atto, dopo il faticoso lavoro argomentativo per poter dimostrare l'ammissibilità della fiducia confessata nel sistema civile vigente, il Gianturco razionalista lascia – apparentemente inspiegabilmente – il posto al Gianturco solidarista, come se il secondo avesse improvvisamente preso il sopravvento sul primo. Ed appare di fronte a noi la figura di un giurista realista che alla immobile logica delle norme, ridotte a sistema di assiomi perfettamente coordinati tra loro, preferisce la mutevolezza della realtà sociale; che, invece di accontentarsi di aver risolto, a suo modo, il problema giuridico della fiducia testamentaria, si interroga sull'opportunità concreta di una siffatta costruzione, certo perfettamente in armonia con il dettato codicistico, ma non per questo necessariamente adeguata a soddisfare i bisogni della società di cui è chiamata a regolare i rapporti interpersonali.

¹⁴⁵ F. Treggiari, *Itinerari della casistica: la "Crestomazia" di Emanuele Gianturco fra modelli illustri e nuove istanze*, in E. Gianturco, *Crestomazia di casi giuridici in uso accademico*, lettura di Ferdinando Treggiari, rist. anast. dell'edizione di Napoli, 1884, Sala Bolognese, Arnaldo Forni, 1989, pp. V-XLVI; Id. *Sistematica e metodo del caso come tecniche complementari d'istruzione giuridica: maestri tedeschi ed epigoni italiani dell'Ottocento*, in N. Picardi, B. Sassani, F. Treggiari (a cura di), *Diritto e processo. Studi in memoria di Alessandro Giuliani*, 3 voll., Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane (ESI), 2001, vol. I, pp. 431-457; G. Stolfi, *Quaestiones iuris: casistica e insegnamento giuridico in romanisti e civilisti napoletani di fine Ottocento*, in A. Palma (a cura di) *Studi in onore di Generoso Melillo*, 3 voll., Napoli, Satura, 2009, vol. III, pp. 1239-1275; B. Inzitari, *Un modello innovativo d'insegnamento: affrontare argomenti pratici innalzandolo a profili teorici punto. La nota a sentenza in F. Treggiari (a cura di), Emanuele Gianturco: nuovi studi per i centenari*, Parte seconda, Avigliano, Pisani Teodosio, 2019, pp. 21-29.

¹⁴⁶ E. Gianturco, *Delle fiducie* cit., pp. 54-56.

¹⁴⁷ Ivi, pp. 56-57.

¹⁴⁸ Ivi, pp. 57-62.

¹⁴⁹ Ivi, pp. 61-62.

«A me pare che le ragioni storiche, le quali consigliano di ritenere valido un istituto così ibrido, e che nella pratica potrebbero ancora dar luogo a questioni gravissime, siano venute meno nell'uso frequente dei testamenti segreti; e con le garanzie, di cui la legge li ha circondati. Tali testamenti assicurano l'adempimento delle segrete disposizioni del testatore molto meglio, che la dichiarazione del fiduciario, il quale può appropriarsi l'eredità o il legato non facendo la propalazione, e quando anche la faccia, può di leggieri, mutarsi in arbitrio»¹⁵⁰.

In ultima analisi, dunque, una volta che non vi è più alcun dubbio sull'ammissibilità della fiducia confessata, in termini di obbligazione civile, è la stessa opportunità dell'istituto, da un punto di vista sociale (e non più giuridico) ad essere messa in discussione dal Gianturco nelle ultime battute del suo saggio, conducendo l'autore ad una conclusione che sembra vanificare l'intera trattazione, ma che, allo stesso tempo, ci mostra la vera personalità di un giurista realista, liberale ma stalista, riformatore nell'indole ma ancora profondamente conservatore nei contenuti¹⁵¹.

«A mio avviso bisognerebbe farla finita con un istituto, di cui non si sente il bisogno nella presente nostra vita giuridica, e che può essere un mezzo facile e sicuro per abusare dell'altrui in buona fede in barba al codice penale (art. 848 cod. proc. pen.). La legge dovrebbe dichiarare assolutamente nulla la fiducia, quando apparisse dal testamento stesso; così come nel caso, che la disposizione è fatta in favore di persone incerta da nominare da un terzo. Quando la fiducia non apparisse dal testamento, dovrebbe vietare non solo la prova, ma eziando lo sperimento di ogni azione diretta a dimostrarla, e privare di ogni efficacia la dichiarazione del fiduciario, che per adempiere l'incarico affidatogli, dovrebbe trasmettere l'eredità o il legato nella forma ordinaria delle donazioni. Sebbene tuttavia è lecita in ogni caso la dimostrazione di una fiducia ordinata per interposta persona in favore d'incapaci. Questo, a mio avviso, è il compito dei futuri riformatori del nostro diritto civile»¹⁵².

3. *La definizione di fiducia per Enrico Cimbali: in difesa di una legalità socialmente accettabile*

Queste considerazioni, dal sapore liberal-conservatore e solidarista, con cui si conclude la *Dissertazione* del giovane Emanuele Gianturco non sono sufficienti a salvarlo dalle critiche, e la sua teoria giuridica sull'ammissibilità

¹⁵⁰ Ivi, p. 62.

¹⁵¹ A. Cardini, *Statalismo giuridico e riformismo conservatore nel liberalismo di Emanuele Gianturco ministro giolittiano (1886-1907)* in A. Mazzacane (a cura di), *L'esperienza giuridica di Emanuele Gianturco*, cit., pp. 221-257. Si tratta di una conclusione perfettamente a metà strada tra istanze liberai e spinte conservatrici, che suona in perfetta armonia con lo stile del Polignani, giunto alla stessa conclusione in tema di ammissibilità del contratto per persona da nominare rispetto ai terzi. Cfr. G. Polignani, *Di una riforma desiderabile del codice civile italiano per la dottrina della Cessio Nominum rispetto a terzi*, Napoli, Tipografia e Stereotipia della R. Università, 1882.

¹⁵² E. Gianturco, *Delle fiducie* cit., p. 62.

della fiducia testamentaria confessata viene immediatamente attaccata frontalmente dall'altro nostro protagonista, Enrico Cimbali¹⁵³, figlio anche lui, come il primo, di quel metodo casistico e *storico-razionale* meridionale¹⁵⁴, ma a differenza di questi decisamente più emancipato dalle logiche stringenti del diritto inteso come sistema, a favore, invece, di una più spiccata fede positivista e sociologica, molto più vivacemente solidarista¹⁵⁵.

L'affondo al libro di Gianturco arriva nel maggio del 1883, in una breve *recensione*¹⁵⁶ pubblicata dal Cimbali nelle pagine della neonata *Rivista critica delle scienze giuridiche e sociali*, diretta dallo storico del diritto Francesco Schupfer¹⁵⁷ e dal comparatista Guido Fusinato¹⁵⁸, tra i cenacoli dei positivisti italiani di fine secolo nelle scienze giuridiche¹⁵⁹. Già questa collocazione ci

¹⁵³ Sulla figura di Enrico Cimbali vedi *La vita e le opere di Enrico Cimbali nella critica italiana e straniera e nei ricordi di amici e discepoli: con appendice di scritti vari di lui*, Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1916; B. Busacca, voce «Cimbali, Enrico» in *Dizionario biografico degli italiani*, XV, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, 1981, pp. 556-558; S. Solimano, voce «Cimbali, Enrico», in I. Birocchi et. al., *Dizionario biografico cit.*, vol. I, pp. 540-543.

¹⁵⁴ Per un riscontro si veda E. Cimbali, *Opere complete di Enrico Cimbali*, cit., vol. V: *Questioni di diritto*.

¹⁵⁵ La propensione di Cimbali per un metodo di chiara ispirazione positivista e sociologica, poco gradita ai civilisti esegeti della seconda metà dell'Ottocento, è dimostrata dalle molte critiche che ricevette, al momento della sua pubblicazione, *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali* (1884), considerato un lavoro eversivo e per molti aspetti, addirittura, non giuridico. Un giudizio negativo che costò al Cimbali la cattedra di Diritto civile all'Università di Torino, prestigiosa anticamera di un posto a Roma, e che lo spigherà a ritornare in Sicilia, all'Università di Messina, nel gennaio del 1887. Su questo delicato passaggio si veda il ricordo personale di G. Vadalà Papale, *Commemorazione del Prof. Enrico Cimbali letta nel 2 luglio 1887 nell'Aula Magna della R. Università di Catania* in «Antologia giuridica», II, fasc. II, 1887, p. I-XXVI (documento inserita tra p. 394 e 395). «Ma il suo genio si afferma nel 1885 nella pubblicazione della *Nuova fase del Diritto Civile*, che egli pubblicò in occasione all'apertura del Concorso alla Cattedra di Diritto Civile nell'Università di Torino. Quel concorso doveva essere una gara delle più scelte intelligenze giovani d'Italia, pubblicisti ed insegnanti – Melucci, Luzzati, Vita Levi, Gianzana, Chironi, Polacco concorrevano, ciascuno con lavori più o meno originali e tutti preparati da lungo studio. [...] Egli volle scendere in campo con un libro originale per vedute scientifiche, per organamenti nuovi di materiali vecchi, per un nuovo genere di critica legislativa, per una nuova concezione di un Codice di diritto privato sociale, che tutte comprendesse il movimento della vita civile e commerciale. A quel libro che indicava le nuove linee di un organamento di legislazione Civile, non sorrisero le sorti del concorso – i professori delle Università Italiane amano troppo il passato per ammirare i tentativi originali delle giovani menti, che si buttano a capo fitto ad organare nuovi materiali in base ai nuovi studii filosofici, o in rispondenza ai nuovi ambienti sociali che vanno formandosi» (p. XVI).

¹⁵⁶ E. Cimbali, [Recensione a] E. Gianturco – *Delle fiducie nel diritto civile italiano*, Napoli, tip. dell'Università, 1882; pag. VIII-64 in «Rivista critica delle scienze giuridiche e sociali», I, n. 5, 1883, pp. 142-144.

¹⁵⁷ E. Conte, voce «Schupfer, Francesco», in I. Birocchi et. al., *Dizionario biografico cit.*, vol. II, pp. 1828-1831.

¹⁵⁸ F. Verrastro, voce «Fusinato, Guido», in I. Birocchi et. al., *Dizionario biografico cit.*, vol. II, pp. 918-919.

¹⁵⁹ Si veda in tal senso il manifesto di F. Schupfer, G. Fusinato, *Rivista critica delle scienze giuridiche e sociali. Programma* in «Rivista critica delle scienze giuridiche e sociali», I, 1883, pp. 1-2.

fornisce qualche indizio sul taglio della lettura, particolarmente critica nei confronti del metodo esegetico tradizionale delle scienze giuridiche, ed aperta ad una valutazione del diritto come fenomeno sociale. Il breve contributo – neanche tre pagine – si apre con una lode all'autore, che ha scelto di affrontare, malgrado le difficoltà, una «questione gravissima»¹⁶⁰, e l'ha trattata, dal punto di vista storico, in maniera «accurata e diligente»¹⁶¹. Tuttavia, la perizia nell'analisi storiografica non sembra al Cimbali sufficiente per mettere in ombra i difetti della seconda parte, quella analitica, consacrata al sistema del diritto vigente, «che avrebbe dovuto costituire la parte essenziale», costituisce, invece, «la parte secondaria del lavoro [...] ed è qui che domina una grande incertezza»¹⁶².

Il giudizio non è peregrino, ma Cimbali non si trattiene dal motivarlo puntualmente, mettendo subito in luce quella che egli ritiene una mancanza essenziale nella trattazione del Gianturco.

«Tra la parte storica e la parte esegetica resta un grande vuoto derivante da ciò che l'A. non si incarica di farci conoscere in modo organico quale sia il concetto fissato dal patrio legislatore in ordine alla fiducia come risultato della lunga evoluzione storica anteriore. E la mancanza d'organismo fa sì che si proceda a sbalzi nell'esame senza che la guida di un principio fondamentale sicuro che serva a dare la misura uniforme per la retta soluzione delle questioni che si originano»¹⁶³.

La mancanza di una tale definizione di fiducia, alla stregua dei principi tratti dal codice vigente, e dalla sua analisi in prospettiva storica, avrebbe condotto il Gianturco, con la mente offuscata dalle «vecchie dottrine», a negare valore alle «novità dei codici albertino ed italiano», facendo regredire il diritto patrio «ancora più indietro delle dottrine medievali, distruggendo tutto un passato che rende incompatibile con le condizioni odierne le fiducie», e negando, allo stesso tempo, «il benefico influsso di quelle legislazioni, che le hanno completamente abolite»¹⁶⁴. Il riferimento del Cimbali è naturalmente al *Code Napoléon* in Francia e all'ABGB in Austria, e anche se non sono citati espressamente si impongono per l'autore quali modelli codificatori di riferimento, nel più generale progresso della civilizzazione giuridica europea¹⁶⁵.

Il paradosso dell'argomentazione del Gianturco sarebbe tanto più eviden-

¹⁶⁰ E. Cimbali, *Recezione* cit., p. 142.

¹⁶¹ *Ibidem*.

¹⁶² *Ivi*, p. 143.

¹⁶³ *Ibidem*.

¹⁶⁴ *Ibidem*.

¹⁶⁵ Cfr. E. Cimbali, *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali* cit., pp. 16-24. Per un'analisi storiografica della questione, in una prospettiva più generale si veda per tutti E. Dezza, *Lezioni di storia della codificazione civile. Il Code civil (1804) e l'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB) (1812)*, 2ª ed., Torino, Giappichelli, 2000.

te, se si considera che «non essendo ammessa contro» il fiduciario «dall'art. 829 cod. civ. alcuna prova per determinare la persona del vero erede si avrebbe lo spettacolo ributtante di una persona notoriamente estranea alla successione (il preteso fiduciario) che pur la farebbe interamente sua»¹⁶⁶. Ciò che Gianturco sacrifica, in favore della fiducia segreta del testatore, è dunque, per Cimbali, la certezza delle disposizioni testamentarie, e questo è inammissibile guardando ai principi fondamentali che regolano il diritto successorio.

Bastano queste poche stoccate, per altro molto ben assestate, per capire che siamo di fronte ad una vera e propria levata di scudi in difesa della legalità codicistica, e pure non si tratta di una questione di puro «feticismo della legge scritta e codificata»¹⁶⁷ sul modello dell'esegesi francese, come potrebbe apparire, ma di una critica che affonda, invece, le sue radici – alla stregua dei quei principi scientifico-sociologici che regolano il metodo del diritto civile per Cimbali¹⁶⁸ – su motivazioni di natura non soltanto giuridica, ma prevalentemente di ordine sociale. Ed è qui che emerge, fin dalle sue prime battute, anche quella prospettiva autenticamente realista che caratterizzerà tutta la critica del giurista siciliano, combinando tra loro il piano dell'analisi giuridica e quello parallelo della rilevanza sociale delle norme codificate.

«Per fortuna», infatti – prosegue Cimbali – «non è questo il concetto del legislatore. Egli nega la prova contro il fiduciario appunto perché questo deve mostrarsi dinanzi a lui sotto le parvenze di vero erede una volta che le disposizioni nel testamento debbano essere fatte in suo favore (art. 829)»¹⁶⁹. Ciò si deduce sulla base del fatto che la fiducia, correttamente intesa, non è né un vincolo giuridico né tanto meno un'obbligazione naturale, ma più semplicemente «è un fatto interno della [...] coscienza, che il legislatore non conosce né si incarica di conoscere prima della dichiarazione». Per questo motivo la fiducia «non è ammessa perché la legge vieta la prova per dimostrare che la persona beneficiata nel testamento nol sia realmente ma è tollerata nel senso che quando taluno, istituisce erede o legatario o che ne abbia in qualsiasi modo la vocazione nel testamento, dichiara la persona o le persone a cui vuole realmente beneficiare il testamento, tale dichiarazione è valida all'effetto di far acquisire i diritti sopra la successione alle persone dichiarate»¹⁷⁰.

Il rapporto fiduciario, dunque, per Cimbali, va considerato come del tutto estraneo al mondo del diritto, appartenente alla morale e alla coscienza privata dell'onerato, che, ai sensi del Codice civile, è il vero ed unico erede ammesso a beneficiare della successione. E questo si può dedurre chiaramente

¹⁶⁶ E. Cimbali, *Recezione* cit., p. 143.

¹⁶⁷ P. Grossi, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, p. 185.

¹⁶⁸ E. Cimbali, *Lo studio del diritto civile negli stati moderni* cit., pp. 23-25.

¹⁶⁹ E. Cimbali, *Recezione* cit., p. 143.

¹⁷⁰ Ivi, p. 144.

se si prende in considerazione la definizione di fiducia che il Precerutti aveva fornito nei suoi *Elementi di diritto civile patrio* (1861), e che indica quelle disposizioni «con cui taluno viene istituito erede o nominato legatario col segreto accordo, ch'egli debba essere semplice amministratore e depositario dell'eredità o del legato sino al giorno indicatogli dal testatore per la restituzione da farsene al vero erede o legatario»¹⁷¹. Una definizione in cui non si fa alcun cenno ad un rapporto giuridico obbligatorio in senso proprio, e dalla quale il Gianturco è riconosciuto colpevole di aver tratto delle conclusioni che non le appartengono. «Se si toglie questo errore fondamentale sul principio della *Parte seconda*» del libro – confessa Cimbali – l'autore è, senza alcun dubbio, «meritevole di lode» quanto al «rimanente esame, che egli fa così della dichiarazione spontanea di fiducia, come degli effetti che ne derivano rispetto al vero chiamato, al fiduciario ed a terzi». «Anzi, in questa parte, procede con un esame largo e minuzioso che fa strano contrasto con la deficienza assoluta in ordine alla definizione del fiduciario nella legislazione italiana, e dà sempre prova diretto giudizio»¹⁷².

Tuttavia, il «rimanente esame» cui si riferisce il Cimbali non è, *sic et simpliciter*, l'ammissibilità delle disposizioni fiduciarie testamentarie, così come viene ricostruita in prospettiva strettamente civilistica dal Gianturco, sulla cui absurdità peraltro non c'è da discutere, ma limitatamente al valore vincolante che potrebbe riconoscersi alla confessione del fiduciario, i cui effetti posson essere solamente tollerati dall'ordinamento giuridico per ragioni di opportunità sociale. Si tratta di una tolleranza che però non può assolutamente discendere dalla trasformazione in giuridico di un rapporto che per sua stessa natura rimane intimamente confidenziale tra disponente ed onerato, e che, come tale, è sfornito di qualsiasi tutela giuridica rilevante. Di fatti, pur condividendo l'inutilità sociale dell'istituto della fiducia testamentaria nel diritto vigente, il Cimbali si affretta a sottolineare che se Gianturco «avesse approfondito bene il concetto della fiducia qual trovasi consacrato, sulle tracce del codice albertino, nel nostro [...] avrebbe certamente risparmiato la censura che muove al legislatore italiano»¹⁷³. Sarebbe bastato, ancora una volta, leggere fino in fondo il Precerutti per risolvere la questione sulla base del sistema dei divieti disciplinati dal testo albertino prima e dal codice unitario poi.

Fatta questa doverosa precisazione, anche in punto di rilevanza sociale della critica mossa al Codice Pisanelli, Cimbali conclude la sua recensione cercando di ridimensionare la portata della sua stessa valutazione, certa-

¹⁷¹ E. Precerutti, *Elementi di diritto civile patrio*, cit., vol. II, p. 98, § 619. Questa definizione viene anche riportata in E. Gianturco, *Delle fiducie* cit., p. 1.

¹⁷² E. Cimbali, *Recezione* cit., p. 144.

¹⁷³ *Ibidem*.

mente non poco lusinghiera, giustificando, per quanto possibile, gli errori commessi dall'autore, e riservandogli contemporaneamente qualche apprezzamento personale, più che una buona parola sull'opera nel suo complesso.

«Ad ogni modo, nonostante l'errore deplorato, e una certa deficienza che si nota nell'espone la dottrina degli antichi scrittori intorno alla fiducia, il lavoro del Gianturco è assai pregevole, perché viene a trattare un argomento o poco noto o poco apprezzato con acume e dottrina non comune. E forse la novità dell'argomento, già di per sé stesso difficile, ha dovuto essere causa di qualche lacuna e difetto che occorre talvolta incontrare in questo lavoro, del resto interessante ed accurato»¹⁷⁴.

Queste parole, per quanto denotino una certa prudenza, non bastano a nascondere l'indole risoluta di una critica non soltanto di merito ma soprattutto di metodo, che pone i nostri due protagonisti su due crinali opposti, il primo che propende per una definizione di fiducia, sia pure non espressa, ma evidentemente interna all'ordinamento civile, considerato nella sua architettura unitaria; il secondo che ritiene una tale possibilità inammissibile, e che considera la fiducia del tutto estranea al mondo del giuridico, e da questo semplicemente tollerata, in alcune specifiche circostanze, per ragioni di opportunità sociale. Si tratta di due poli opposti, che, come ci insegna la Legge di Coulomb sul magnetismo, non possono fare a meno di attrarsi l'un l'altro, fino ad annullarsi vicendevolmente. Senza anticipare nulla, è questo l'epilogo cui sono destinate, tanto l'opinione del Gianturco quanto quella del Cimbali, frutto entrambe di una forse troppo rigida polarizzazione di una vicenda che, per sua stessa natura, non può risolversi né in un'ottica troppo rigorosamente legicentrica, né in una visione troppo astrattamente fideistica.

4. *Dalla Rivista critica delle scienze giuridiche e sociali a Il Filangieri (1883): la polemica si tramuta in controversia*

Una polemica che si sarebbe dovuta concludere con la recensione di Cimbali al libro del Gianturco – e forse per la rabbia e l'insoddisfazione che deve aver provato il giurista lucano dopo aver letto quanto duramente era stata valutata la sua opera, forse ancor di più, a causa dell'ardore e dell'avventatezza dovuto alla giovanissima età di entrambi i nostri due protagonisti – fomenta una vera e propria controversia, che si snoda sulle pagine della consultatissima rivista *Il Filangieri* del 1883, a suon di botta e risposta tra un fascicolo e l'altro, senza esclusione di colpi.

Con una cortesia, che suona, se non falsa quanto meno piuttosto forzata, Gianturco apre la sua articolata risposta alla recensione del Cimbali – intito-

¹⁷⁴ *Ibidem*.

lata *Di una proposta di revisione della dottrina delle fiducie*¹⁷⁵ – ringraziandolo sarcasticamente del «giudizio benevolo» riservato alla sua dissertazione, affrettandosi però subito a precisare che deve «tuttavia rispondere ad alcune sue censure non per meschino risentimento personale» ma «per chiarire una buona volta nell'interesse della dottrina e della pratica giuridica quale sia il concetto fondamentale della fiducia»¹⁷⁶.

La strategia del Gianturco per difendere la sua teorizzazione consiste nell'eludere momentaneamente il problema della definizione di fiducia, facendo leva invece sulle conseguenze assurde cui condurrebbe, da un punto di vista pratico, la critica mossagli dal Cimbali.

«Se mi è riuscito d'intendere il pensiero abbastanza oscuro del mio contraddittore, occorre fare una distinzione: la prova è inammissibile, se il fiduciario si presenta sotto le parvenze di vero erede poichè allora la fiducia ricevuta è un fatto interno della sua coscienza, che il legislatore non conosce, nè s'incarica di conoscere prima della dichiarazione: quando invece dal testamento stesso, come nel caso da me proposto, apparisce chiaro, che alcuno è chiamato nella semplice qualità di fiduciario, la legge ha trovato modo d'impedire lo spettacolo ributtante, che egli ritenga l'eredità senza avervi alcun diritto»¹⁷⁷.

Questo modo di affrontare la questione – secondo Gianturco – condurrebbe ad una sorta di circolo vizioso sulla base del quale egli non riesce a comprendere, «se per evitare lo scandalo, si debba ammettere la prova intorno alla persona del vero erede, oppure si debba far luogo alla successione legittima, quasichè mancasse la testamentaria»¹⁷⁸, contraddicendo però così l'intero sistema su cui si fondano le successioni per testamento.

A prescindere, poi, da questo primo paradosso applicativo, la censura avrebbe il fine, non dichiarato, di riesumare la distinzione tra fiducia *propria* ed *impropria*, risalente all'antica giustizia piemontese¹⁷⁹, ed oramai «rigettata da quella stessa giurisprudenza, che il Prof. Cimbali intende ritorcere»¹⁸⁰ contro di lui. Lo scopo di una tale interpretazione giurisprudenziale, introdotta «anteriormente alla pubblicazione del codice Albertino», era quello di «diminuire le liti intricate e secolari, cui davano luogo le disposizioni fiduciarie»¹⁸¹, rendendo ammissibile la prova del rapporto di fiducia solo ove

¹⁷⁵ E. Gianturco, *Di una proposta di revisione della dottrina delle fiducie (a)* in «*Il Filangieri*», VIII, Parte I, 1883, pp. 260-267; ripubb. in Id., *Scritti vari (1880-1905)*, cit., pp. 113-123, e ancora in Id., *Opere Giuridiche*, cit., vol. I, pp. 65-70. Si cita dalla versione originale pubblicata in *Il Filangieri* del 1883.

¹⁷⁶ Ivi, p. 260.

¹⁷⁷ Ivi, p. 261.

¹⁷⁸ *Ibidem*.

¹⁷⁹ F. Treggiari, *L'oro e la coscienza* cit., pp. 53-54.

¹⁸⁰ E. Gianturco, *Di una proposta di revisione* cit., p. 261.

¹⁸¹ *Ibidem*.

questo risultasse espressamente dalla scheda testamentaria (*fiducia propria*), mentre veniva vietato l'accertamento della *fiducia impropria* fondata sulle dichiarazioni di testimoni e, addirittura, su presunzioni legali¹⁸². Come nota Gianturco, però, quest'interpretazione venne completamente sconfessata, tanto dai lavori preparatori della codificazione sabauda, che non la presero in considerazione nella redazione dell'articolo 809, quanto dallo stesso divieto di prova previsto dalla disciplina vigente, consacrata nell'art. 829 del Codice Pisanelli¹⁸³.

Quanto alla critica di aver riportato, con la sua teoria sull'ammissibilità della fiducia confessata, il diritto ad uno stadio della civilizzazione pari a quello medievale, e di aver sottovalutato i progressi delle grandi codificazioni ottocentesche, Gianturco risponde, con non poca irritazione:

«Per verità io non so intendere, come la mia retrograda teoria abbia potuto ricacciare il diritto italiano anche più oltre del medio-evo, quando le fiducie non esistevano; e credo d'essermi sennatamente sottratto all'influsso di legislazioni, che hanno accolti principi diametralmente opposti a quelli del nostro codice. Un influsso siffatto non poteva essere, che malefico; poichè mi avrebbe tratto in errore sulla vera indole dell'istituto, come fu ibridamente concepito e legiferato nel Piemonte. Il principio fondamentale ad es., da cui muove il codice francese è che la fiducia sia intrinsecamente nulla, che la sua reale esistenza si possa dimostrare con ogni mezzo di prova, e che in tal caso l'eredità debba devolversi agli eredi legittimi del testatore. Il nostro codice invece non ammette la prova diretta a dimostrare l'esistenza della fiducia, neanche quando appaia dal testamento medesimo, e di conseguenza l'eredità rimane al fiduciario, ove non faccia la dichiarazione in favore dei veri eredi»¹⁸⁴.

Fatti questi chiarimenti, il giurista lucano sente di poter finalmente adempiere all'onere definitorio lamentato dal Cimbali, e ribadisce il carattere «ibrido e disorganico» della fiducia che «presso di noi [...] non è interamente nulla, poichè è permesso al fiduciario il volontario adempimento dell'incarico affidatogli dal testatore», ma «non è neppure interamente valida, poichè agli eredi veri è negata la prova per pretendere giudizialmente il riconoscimento del loro diritto ereditario»¹⁸⁵.

Questo però non basta, e Gianturco si rende conto, dopo aver confutato la censura del suo avversario, di dover forse riconsiderare un punto della sua stessa teorizzazione, che nella dissertazione appare particolarmente controverso. In realtà ci sembra di notare, in questa parte, una certa contraddittorietà del suo pensiero, rispetto a quanto aveva scritto in precedenza, e

¹⁸² T. Cuturi, *Dei fidecommessi e delle sostituzioni* cit., p. 137. Su questa distinzione si veda quanto statuiva, anche dopo l'emanazione del Codice albertino, la Cassazione di Milano, 5 febbraio 1864, Bologna c. Maloira, in «La Legge», vol. IV, 1864, pp. 321-322.

¹⁸³ Cfr. E. Gianturco, *Di una proposta di revisione* cit., pp. 261-262.

¹⁸⁴ Ivi, pp. 262-263.

¹⁸⁵ Ivi, p. 263.

che avvalora ancora di più quell'idea della polarizzazione delle posizioni, che si accentua lungo il corso della controversia, conducendo i due avversari sempre più verso posizioni neanche astrattamente conciliabili. In effetti, nonostante il carattere ibrido del rapporto fiduciario, sorprendentemente, ora per il Gianturco «non è esatto, che la dichiarazione di fiducia costituisca un'obbligazione naturale del fiduciario», e questo perché, da una parte, a differenza di quanto avviene per le obbligazioni naturali «la legge non nega l'azione all'erede vero, ma gli nega solamente la prova», e dall'altro «mentre il semplice riconoscimento dell'obbligazione naturale non induce alcuna obbligazione civile, il fiduciario invece è tenuto a restituire i beni per effetto della confessione», poiché «da questo momento l'esecuzione della fiducia non è più volontaria, ma coatta»¹⁸⁶.

In buona sostanza, la specifica del Gianturco finisce per concepire l'obbligazione fiduciaria confessata come obbligazione civile in senso stretto, e questo, non più passando per il concetto sdruciolevole di obbligazione naturale, ma per il tramite del principio di novazione della causa, attivato successivamente, ed in maniera diretta, dalla mera confessione dell'onerato. Conseguentemente, la fiducia testamentaria rimasta segreta o inadempita senza confessione, venendo meno il riferimento all'obbligazione naturale, rimarrebbe priva di qualsiasi riconoscimento giuridico, non residuando neanche il più blando adempimento spontaneo, come l'aveva sostenuto il Pacifici-Mazzoni e prima di lui il Pastore.

Il contributo si chiude con una serie di inviti al Cimbali, che suonano più come una sfida, che come una cortese riverenza, lasciando aperto un dibattito giuridico al solo scopo di alimentare il fuoco di una contesa che sembra scivolare sempre più nella *bagarre* personale tra due scienziati. Tra queste una in particolare le riassume tutte, perché colpisce dritto nell'orgoglio dell'avversario, e ci fa immaginare il motivo per il quale Cimbali fu costretto, probabilmente suo malgrado, a raccogliere quella inelegante provocazione: «Aspetterò di buon grado che egli, anziché rivolgermi censure generiche, mi dia la chiave di nuove e più feconde ricerche; dal canto mio gli prometto, che se i frutti risponderanno ai fiori, ne terrò il debito conto, se mi occorrerà di ristampare la mia dissertazione»¹⁸⁷.

Dopo un tale affronto, che assumeva i tratti della piazzata, a causa del luogo in cui era stata pubblicata, è evidente che una risposta da parte del Cimbali non poteva farsi attendere, anche perché una così dura replica, soprattutto quanto alle insinuazioni sulle sue capacità come studioso e come interprete, pur se provenienti da un giovanissimo libero docente, se ignorate,

¹⁸⁶ Ivi, p. 264.

¹⁸⁷ Ivi, p. 267.

avrebbero rappresentato una grave minaccia alla sua credibilità sul piano nazionale, e un fatale segno di debolezza per le sue prospettive di carriera successive, specie quanto alle sue aspirazioni romane.

Comparirà infatti, prontamente, con il titolo *La dottrina delle fiducie nel Codice civile italiano*¹⁸⁸, nel fascicolo successivo de *Il Filangieri*, un piuttosto articolato contributo di rivalsa, che però, inaspettatamente, si caratterizza per un tono pacato, molto più mite di quello della precedente recensione. Il pretesto è, naturalmente, il guanto di sfida lanciatogli dal Gianturco, e che il nostro non si trattiene dal raccogliere immediatamente, ma lo fa con l'indole di chi non vuole gettarsi nella mischia:

«Lo tengo volentieri cotale invito, ma per debito di cortesia verso l'egregio Gianturco e per un giusto riguardo verso me stesso, sentendomi obbligato in coscienza a giustificare il mio capo di accusa una volta che l'autore, pur, secondo egli afferma, mettendo ogni sentimento di vanità e di puntiglio, mi chiama sempre cortesemente, ma pubblicamente a rendergliene conto. Non oso affermare che la scienza dovrà o potrà avvantaggiarsi della nostra discussione: tanto meglio se ciò dovesse accadere: i voti dell'egregio Gianturco sarebbero soddisfatti»¹⁸⁹.

La battuta sul profitto della scienza lascia intendere come la controversia stia davvero assumendo i tratti di una *bagarre*, e che Cimbali ne sia ben consapevole, ma non per questo egli si lascia coinvolgere nello scambio di accuse personali contro l'avversario. Partendo, invece, da quella qualificazione di «parole oscure od ambigue», con cui Gianturco ha apostrofato il suo «povero pensiero»¹⁹⁰, a lui pare, di essersi espresso con una certa chiarezza.

«Quel che parmi certo si è che nel codice Albertino prima e nel codice Italiano poi siasi profondamente mutato il concetto fondamentale della fiducia e che questa, anziché formalmente riconosciuta dal legislatore nei suoi principii non sia che semplicemente tollerata nelle sue conseguenze; non in quanto cioè il preteso fiduciario abbia l'obbligo preciso di adempiere i segreti incarichi ricevuti dal testatore, ma in quanto invece adempiendoli, per repulsa spontanea della sua coscienza egli esercita perfettamente il diritto di trasmettere in altri quei beni che il medesimo avea direttamente nella qualità di erede o di legatario acquistato dal testatore»¹⁹¹.

La legge, per dirlo in altri termini – secondo Cimbali – non si occupa di stabilire se un soggetto sia fiduciario o meno, ma si concentra unicamente sulla sua posizione giuridica di erede o legatario, poiché l'unica volontà rilevante

¹⁸⁸ E. Cimbali, *La dottrina delle fiducie nel Codice Civile Italiano (a)* in «Il Filangieri», VIII, Parte I, 1883, pp. 412-428; ripubb. in Id., *Studi di dottrina e giurisprudenza civile*, cit., pp. 77-102, e anche in Id., *Opere complete di Enrico Cimbali*, cit., vol. III, pp. 71-114. Citiamo dall'edizione originali, pubblicata in *Il Filangieri* del 1883.

¹⁸⁹ E. Cimbali, *La dottrina delle fiducie* cit. p. 412.

¹⁹⁰ *Ibidem*.

¹⁹¹ Ivi, pp. 412-413.

del testatore è quella che emerge dalla scheda testamentaria, e nessun'altra. «Che tale persona poi abbia o no ricevuto *oretenus* dal testatore medesimo dei segreti incarichi a favore di altre persone, è un fatto puramente interno di cui il legislatore non si occupa e per cui nega recisamente ogni azione»¹⁹². Alla stregua di questo principio, «nessuno può essere autorizzato, sotto qualsiasi motivo, a fare la dichiarazione di beni, in pro di altri, se non è egli stesso autorizzato, per virtù del testamento, o come erede o come legatario, a far propri quei beni cui la dichiarazione si riferisce». È per questo motivo che il «fiduciario non è più un semplice testimone riguardo al defunto, un semplice depositario riguardo al vero beneficiario» ma «o è erede o legatario»¹⁹³.

Al di là di qualsiasi giustificazione normativa, che per Cimbali è *in re ipsa* al divieto di prova, la questione assume i caratteri di un problema di equità sociale.

«Or sarebbe veramente assurdo e, più che assurdo iniquo, che la legge, dovesse ritenere per erede o legatario il fiduciario, esigere in lui la capacità giuridica di ricevere per testamento ed escludere contro di lui qualunque prova; per dimostrare che il testatore abbia voluto realmente beneficiare una persona diversa, se il preteso fiduciario non risultasse di fatto istituito nel testamento qual erede o legatario del testatore, e non fosse come tale intitolato ad acquistare l'eredità o il legato»¹⁹⁴.

Molto lucidamente Cimbali intravede chiaramente il nocciolo della controversia in quel «principio fondamentale» – al di là delle singole questioni pratiche prese in considerazione dal suo avversario – e che si riassume in un «profondamente diverso concetto [...] intorno alle fiducie nel codice civile italiano da quello del [...] Gianturco», con la differenza «che anziché riguardare una semplice accidentalità, tocca l'essenza stessa di questo istituto, poichè trattasi di definire cosa sia erede fiduciario nel diritto patrio e quale fiduciario possa essere autorizzato o a far sua la successione non propalando la fiducia, o rimetterla al vero erede col dichiararla»¹⁹⁵. E il codice da questo punto di vista è particolarmente chiaro se si considerano, a contrario, i due divieti di cui agli artt. 830 (disposizione a favore di persona incerta) e 834 (disposizione a favore di persona incerta da nominarsi da un terzo), che rappresentano i due argini insormontabili ad un'interpretazione elastica del art. 829.

«Quel che la legge vieta assolutamente [...] si è che nessuno, il quale non abbia occasione di sorta o come erede o come legatario nel testamento, possa spiegare pretese ed esercitare ingerenza qualsiasi sopra la successione di fronte alla quale egli è un terzo

¹⁹² Ivi, p. 413.

¹⁹³ *Ibidem*.

¹⁹⁴ Ivi, pp. 413-414.

¹⁹⁵ Ivi, p. 417.

perfettamente estraneo. Si correrebbe allora il rischio che, lungi dal vedersi scrupolosamente osservati, sarebbero invece apertamente violati i supremi voleri del defunto, i quali non essendo consacrati nel testamento si troverebbero puramente affidati all'arbitrio del terzo, contro il quale non havvi guarentigia efficace una volta che segreto sarebbe il mandato commessogli dal testatore. Tanto vale il dire nel testamento di avere confidato al terzo in esso nominato la persona dell'erede o del legatario, quanto il commettere puramente alla volontà del medesimo la designazione dell'erede o del legatario; perchè, o che manchi la prova per conoscere quale effettivamente sia stata l'occulta volontà del testatore, o che questa egli abbia interamente abdicata in pro del terzo; si ha in entrambi i casi che la nomina dell'erede o del legatario verrebbe a dipendere sempre dall'arbitrio del terzo»¹⁹⁶.

Che piaccia o non al Gianturco – conclude Cimbali – questo è il sistema, considerato nel suo complesso, che il codice patrio adotta in tema di fiducia testamentaria, e «se non è interamente razionale, ha per lo meno, il pregio della semplicità», e «se non serve ad evitare tutti i litigi, è tale senza dubbio, da prevenirne, rendendo impossibile, il maggior numero, lo che non è piccolo vantaggio»¹⁹⁷. Il riferimento alla “razionalità” non va sottovalutato, e non è scelto a caso, rappresenta infatti una dura stoccata contro quella logica deduttiva che guida l'intera argomentazione del giovane giurista lucano, e che lo fa sentire, in qualche modo, protetto contro qualsiasi critica in punto di diritto. Per Cimbali, al contrario, il diritto non è soltanto logica razionale, lubrificata da gocce di olio solidarista, ma un «*organismo vivente*», «un centro dinamico di forze»¹⁹⁸, che può tollerare anche una certa dose di irrazionalità pur di rispondere al meglio ai bisogni della società che è chiamato a disciplinare. E questo, in conclusione, spiega perché egli sia, alla fine, tutto sommato favorevole alle conclusioni cui giunge la contestabile teoria del Gianturco, tanto in tema di confessione della fiducia quanto in rapporto alle disposizioni fiduciarie a favore del soggetto incapace, a patto però che queste vengano intese come eccezioni tollerate dall'ordinamento giuridico, e non obbligazioni civili in senso proprio.

«S'egli sarà d'accordo con me sul principio, come io lo sono con lui sulle conseguenze, tanto meglio e se no, conserveremo ciascuno la propria opinione». Per parte sua, e con questa consapevolezza, Cimbali ritiene così «chiusa la polemica» che sia augura «non sia riuscita addirittura inutile»¹⁹⁹, probabilmente riferendosi più al beneficio personale che ne avrebbe potuto trarre il suo giovane avversario, che a quello che avrebbe potuto ricavarne la scienza giuridica nel suo complesso. Come in apertura, i toni del giurista siciliano

¹⁹⁶ Ivi, pp. 426-427.

¹⁹⁷ Ivi, p. 428.

¹⁹⁸ Cfr. E. Cimbali, *Lo studio del diritto civile negli stati moderni* cit., pp. 30-34.

¹⁹⁹ E. Cimbali, *La dottrina delle fiducie* cit., p. 428.

sono pacatissimi, inequivocabilmente volti a chiudere una disputa che aveva oltrepassato i limiti del civile dibattito scientifico.

Questo appello al cessate il fuoco, però, invece di essere accolto dal Gianturco in maniera cortese, viene letto come l'ennesimo schiaffo, e conduce il giurista lucano ad un nuovo affronto, se possibile, ancora più aggressivo del precedente. L'arringa viene redatta in tre scarse pagine, *Di un principio fondamentale nelle disposizioni fiduciarie*²⁰⁰ che – al di là del titolo – ben poco o nulla hanno di giuridico, pubblicate di seguito al testo del Cimbali nello stesso fascicolo de *Il Filangieri* del 1883. Tutto lascia supporre che Gianturco abbia letto in anteprima la risposta dell'avversario siciliano, forse quando era ancora in bozza, e che la sua replica, così striminzita, sia stata una concessione della redazione della rivista, ad una sua pronta doglianza. Allo stesso tempo, il tenore del testo lascia pensare che sia stato scritto in fretta e furia, probabilmente in preda ai fumi della collera, quando il fascicolo della rivista doveva essere prossimo alla stampa.

Fin dalla prima battuta, il giurista lucano non si perde in convenevoli di sorta:

«L'egregio Prof. Cimbali, pur tenendo il mio invito, dispera che le nostre discettazioni riescano proficue alla scienza e ai suoi cultori; e per verità sono costretto a disperarne anche io, poichè mentre chiedevo al mio avversario quali fossero le ricerche, che non avevo fatto, e gli permettevo di tenerne conto, egli non si è curato neppure di accennarle nella lunghissima risposta, che ha dato al mio primo articolo. A me pareva, che le censure generiche non avessero alcuna serietà e consistenza; e poichè mi venivano fatte su un giornale, che ha l'unico compito di rendere conto delle nuove pubblicazioni e il darne un esatto giudizio, avevo il diritto di chiedere, che il Prof. Cimbali, lasciando le generalità vuote, mi mettesse innanzi le particolari determinazioni del suo concetto»²⁰¹.

Senza cogliere il senso intrinseco della critica mossagli dal giurista siciliano, Gianturco canzona l'avversario per aver tenuto con tanto zelo «a questo suo concetto» di fiducia, da averlo elevato a nientemeno che «una questione costituzionale di libertà di pensiero e di coscienza»²⁰², affaticandosi a dimostrare la supremazia del principio della libera e certa volontà del testatore contro l'ammissibilità delle disposizioni fiduciarie. Mentre il centro del dibattito, nelle parole del giurista lucano, si sposta vertiginosamente dalla questione giuridica, oggetto della polemica, all'attacco diretto contro la persona del suo avversario siciliano.

²⁰⁰ E. Gianturco, *Di un principio fondamentale nelle disposizioni fiduciarie*, in «Il Filangieri», VIII, Parte I, 1883, pp. 429-431; ripubb. in Id., *Scritti vari (1880-1905)*, cit., pp. 124-127, e anche in Id., *Opere Giuridiche*, cit., vol. I, pp. 71-72. Citiamo dall'edizione originali, pubblicata in *Il Filangieri* del 1883.

²⁰¹ Ivi, p. 429.

²⁰² *Ibidem*.

«Non dubito punto, che il Cimbali prima di scriverne la recensione, abbia studiato amorevolmente la mia monografia; posso tuttavia affermare, che studiandola con diligenza maggiore, avrebbe risparmiato a me ed a lui la pena di questa polemica. Egli avrebbe visto, che in più luoghi ho fermato il medesimo principio da lui sostenuto, e ne ho tratte conseguenze rilevantissime»²⁰³.

Il fatto, poi che, nel caso della confessione della fiducia testamentaria, il Cimbali ammetta, in astratto, che la conseguenza del suo ragionamento possa considerarsi accettabile sembra essere per Gianturco l'ennesima prova della più totale incoerenza del suo avversario.

«Il Prof. Cimbali non mette in dubbio la verità di questo criterio d'interpretazione, e non nega, che quell' esempio possa appunto interpretarsi in tal senso. E se pure l'esempio fosse inesatto, non ne verrebbe al certo, come il Cimbali affermava nella sua recensione, che nella mia dottrina fosse sbagliato di sana pianta il principio fondamentale. Che questo non sia sbagliato, lo dimostra il fatto veramente meraviglioso, che il Cimbali che, a suo dire, si trova così lontano da me nella determinazione di questo benedetto principio, confessa poi di essere d'accordo con me in quasi tutte le sue conseguenze. Ma qui il Prof. Cimbali non ha avvertito, che nelle conseguenze io avrei dovuto essere lontano da lui le mille miglia, se davvero avessi errato nel determinare i principii fondamentali: se invece siamo d'accordo nelle conseguenze vuol dire, che io ho preso le mosse da quel medesimo punto donde muove egli stesso e che era onninamente inutile affaticarsi con gran lusso di erudizione a dimostrare ciò, che io non solo non avevo mai posto in dubbio; ma avevo invece in più luoghi affermato e ribadito»²⁰⁴.

Queste parole ci sembra che nulla aggiungano al tema del dibattito, così come la conclusione, con la quale Gianturco mette la parola fine alla controversia, rendendosi conto, a sua volta, che oramai la «discussione ha perduto pe' lettori del Filangieri ogni importanza scientifica; e a me non pare nè bello, nè conveniente intrattenerli in vane quistioni per dar sfogo a puntigli e risentimenti personali»²⁰⁵. A quest'ennesimo attacco Cimbali naturalmente non risponde, rendendosi conto probabilmente di come oramai quella polemica avesse travalicato i limiti di una sia pur accesa controversia dottrinale, per tramutarsi, al contrario, in una rissa inutile tra scienziati che nulla ha a che vedere con la nobiltà della scienza. La questione della fiducia testamentaria rimane, invece, sullo sfondo, in gran parte ancora irrisolta, perché né il primo né il secondo dei due contendenti è riuscito a trovare una soluzione davvero appagante. Come si era anticipato, il loro confrontarsi, forse troppo ardentemente e con troppa convinzione, ha finito per annullare sia l'uno che l'altro polo, ai cui antipodi si posizionavano le reciproche teorizzazioni, ste-

²⁰³ Ivi, p. 430.

²⁰⁴ Ivi, pp. 430-431.

²⁰⁵ Ivi, p. 431.

rilizzando l'intera controversia, e favorendo soltanto quella lettura esegetica del Codice civile che entrambi i contendenti disdegnavano.

5. *La controversia oltre le pagine delle riviste... e la sua lettura insoddisfacente nella civilistica di fine secolo*

Probabilmente inaspettatamente, quella che vide contrapposti Cimbali e Gianturco non è una controversia che passò inosservata agli occhi della scienza giuridica italiana²⁰⁶, in gran parte per il palcoscenico clamoroso su cui si svolse, quello de *Il Filangieri*, che fornisce ai due contendenti una straordinaria visibilità, peraltro del tutto ingiustificata considerando la loro giovanissima età e le reciproche posizioni, tutt'altro che preminenti, nel panorama della civilistica italiana di quegli anni. Ma non è solo questa fortunata coincidenza a garantire visibilità alla polemica, che invece troverà ampio spazio nelle pagine di quanti, almeno fino alla fine dell'Ottocento, si interessarono alla vicenda dell'ammissibilità delle disposizioni fiduciarie nel diritto civile italiano.

In prima analisi, bisogna considerare l'impatto che ebbe la controversia sulla produzione scientifica successiva dei suoi stessi protagonisti, e che cambia sensibilmente dall'uno all'altro. A differenza di Enrico Cimbali, che dimostrerà un completo disinteresse per la questione²⁰⁷, Emanuele Gianturco appare, invece, profondamente segnato dalla polemica, continuando a sostenere, senza arrendersi mai, la validità incontestabile della sua teorizzazione, tanto nella saggistica successiva, quanto nei suoi corsi universitari e manuali istituzionali dell'età matura. Già nel 1884, a pochi mesi dalla fine della discussione su *Il Filangieri*, il giurista lucano pubblica una seconda edizione della sua dissertazione²⁰⁸, «*interamente rifatta*», come appendice

²⁰⁶ Sono in molti a testimoniarlo, tra gli altri, possiamo ricordare G. Vadalà Papale, *Commemorazione del Prof. Enrico Cimbali* cit., pp. XIV-XV; che nel suo ricordo personale ne fa il preludio della svolta compiutamente solidarista del Cimbali.

²⁰⁷ Per quello che ci è stato possibile ricostruire Cimbali non ritornò più, nei suoi scritti successivi, sulla questione della fiducia testamentaria, considerandola probabilmente un argomento che non necessitava di essere ulteriormente indagato. La vicenda non sarà neanche presa in considerazione tra quelle riforme necessarie per il suo Codice privato sociale, nel capitolo consacrato alle successioni di *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali* cit., pp. 201-309. L'unico saggio nel quale l'autore torna ad affrontare il problema testamentario viene pubblicato nel fascicolo de *Il Filangieri* del giugno 1884, quello successivo alla controversia, ma questi, con molta prudenza, evita completamente l'argomento, concentrandosi invece sulla natura contrattuale dell'atto giuridico testamento in generale. E. Cimbali, *Il testamento è contratto?* in «*Il Filangieri*», IX, Parte I, 1884, pp. 265-274; ripubb. in Id., *Studi di dottrina e giurisprudenza civile*, cit., pp. 103-118, e anche in Id., *Opere complete di Enrico Cimbali*, cit., vol. III, pp. 99-114.

²⁰⁸ E. Gianturco, *Delle fiducie nel diritto civile italiano* in F. Laurinet, *Principi di diritto civile*, 1ª traduzione italiana dell'avv. Giuseppe Trono, con raffronti ed appendici dei più illustri giuristi italiani concernenti la legislazione e la giurisprudenza italiana, 33 vol., Napoli, Leonardo Vallardi,

V del volume XIV dei monumentali *Principes de droit civil* (1869-1879) di François Laurent, prima traduzione italiana curata dall'avvocato Giuseppe Trono, redattore storico della rivista partenopea. Scopo delle appendici, che chiamano a raccolta i migliori giuristi meridionali del tempo, era quello di concordare i principi desunti dal celebre giurista belga, a partire dall'esegesi del *Code Napoléon*, con la codificazione italiana, inserendo, dove necessario, specifiche distinzioni. L'appendice di Gianturco, come a sottolinearne la natura di semplice opinione personale, è preceduta da un'appendice III, redatta in poche pagine dal professore Giovanni Lomonaco²⁰⁹ – noto *paleo-civilista* italiano, conosciuto per essere un vero e proprio «teorico della pratica»²¹⁰ – che aveva il compito di chiarire, a partire da Laurent, la questione delle *istituzioni fiduciarie nel Codice civile italiano*²¹¹, secondo un'esegesi rigorosa del testo codificato, concordata sapientemente con l'orientamento prevalente della giurisprudenza.

Dopo aver preso atto che «il più delle volte le pie disposizioni dettate nel testamento non sono che una delle forme in cui si manifesta l'egoismo umano», il Lomonaco dichiara che si limiterà ad «esaminare la questione, conformandosi alle prescrizioni della legge», e lasciando fuori qualsiasi riferimento all'equità²¹². Data la prossimità cronologica, e la lettura certa che il Lomonaco fece della nostra controversia, non si può far a meno di vedere in questo riferimento all'equità un rinvio, quantomeno implicito, alle considerazioni del Cimbali, che appunto su ragioni equitative fondava il suo giudizio di ammissibilità della fiducia, e che il civilista napoletano sottolinea di non volere prendere in considerazione. In linea con il dettato dell'articolo 829 cod. civ., il Lomonaco si limita semplicemente ad affermare che può «senza dubbio avverarsi il caso che il fiduciario non adempia gli obblighi assunti, non renda pago quel desiderio che il testatore gli ha manifestato sul suo letto di morte», ma che è un «onere del testatore prevedere questo caso» e «se ciò non ostante, ha confidata l'esecuzione dei suoi voti all'amico, la legge non ha

1884, vol. XIV, pp. 644-702 (Appendice V); pubblicato anche autonomamente con il titolo *Delle fiducie nel diritto civile italiano: dissertazione dell'avvocato Emmanuele Gianturco*, 2^a ed. interamente rifatta, Napoli, Leonardo Vallardi, 1884. Citiamo dall'edizione pubblicata nei *Principi di diritto civile*.

²⁰⁹ C. Vano, voce «Lomonaco, Giovanni», in I. Birocchi *et. al.*, *Dizionario biografico* cit., vol. II, pp. 1192-1193.

²¹⁰ Su questa definizione, che offre un'immagine autentica del Lomonaco, vedi C. Vano, *Nota di lettura: Un teorico della pratica. Giovanni Lomonaco, il foro napoletano e la civiltà della nazione*, in G. Lomonaco, *Due scritti sul foro napoletano*, Napoli, Jovene, 2012, pp. XIX-XXXV.

²¹¹ G. Lomonaco, *Le istituzioni fiduciarie nel Codice civile italiano* in F. Laurinet, *Principi di diritto civile*, cit., pp. 426-434. La stessa posizione sfavorevole sarà ribadita, più sinteticamente, anche in Id., *Istituzioni di diritto civile italiano*, 2^a ed. notevolmente accresciuta, 7 voll., Napoli, Jovene, 1895, vol. IV, pp. 233-239.

²¹² G. Lomonaco, *Le istituzioni fiduciarie nel Codice civile italiano*, cit., pp. 426-427.

il diritto di turbare questa fiducia»²¹³. Dopo tutto, l'unica motivazione che potrebbe spingere il testatore ad agire segretamente è quella di «fare indirettamente ciò che direttamente gli era vietato», tanto è vero che se si toglie «la maschera all'erede fiduciario: sotto [...] si troverà il figlio adulterino, l'incestuoso, o [...] il secondo coniuge che vuole avvantaggiarsi oltre il dovere a danno della prole del primo matrimonio»²¹⁴.

Tuttavia, la giurisprudenza è concorde nel ritenere che, ove l'accordo segreto non sia stipulato in frode alla legge, «il fiduciario che propala la fiducia non crea l'erede od il legatario» ma «si limita soltanto a scoprire la volontà del testatore dinanzi occulta»²¹⁵. Questo meccanismo è reso possibile – secondo il Lomonaco – dalle «chiare parole della legge»²¹⁶, in forza di quel superiore principio che preserva la libera volontà del testatore. Quest'ultima, infatti, «era coperta dall'involucro della fiducia, come il granello è chiuso nella spica», ed il fiduciario che la confessa, esattamente come «chi trebbia il grano *non novam speciem facit, sed eam quae est detegit*», non fa altro che dichiarare «la volontà del testatore»²¹⁷. «Se il testatore può disporre direttamente a favore di persone per le quali non vi è divieto per legge», a maggior ragione «lo può ancora per mezzo di interposte persone», ed ecco previsto dallo stesso legislatore, in via di principio, anche «il rimedio agli abusi reali» ed a tutti quelli «che ragionevolmente si possono prevedere»²¹⁸.

A questa professione di fede normativa fa da contraltare la riedizione della dissertazione del Gianturco che, circa duecento pagine dopo, ribalta completamente la questione della fiducia confessata a partire dalla sua teoria dell'obbligazione civile. Precisato nuovamente che debba escludersi categoricamente di trovarsi di fronte ad un'obbligazione naturale, perché questa «nonostante il riconoscimento, rimane destituita di ogni efficacia coattiva»²¹⁹, il giurista lucano ribadisce la natura strettamente civile dell'obbligazione fiduciaria oggetto di spontanea dichiarazione, che però, in questa nuova versione, non discende più da una impropria novazione della causa, che lui stesso non riesce più a definire con chiarezza, ma direttamente *ex causa testamento*²²⁰.

Un esempio tratto dagli appunti del suo *Corso universitario sulle successioni* del 1893²²¹, ci aiuta a capire meglio quale sia il meccanismo sulla

²¹³ Ivi, p. 428.

²¹⁴ Ivi, pp. 428-429.

²¹⁵ *Ibidem*.

²¹⁶ Ivi, p. 432.

²¹⁷ Ivi, p. 429.

²¹⁸ Ivi, p. 431.

²¹⁹ E. Gianturco, *Delle fiducie nel diritto civile italiano* in F. Laurinet, cit., p. 681.

²²⁰ Cfr. Ivi, pp. 685-687.

²²¹ E. Gianturco, *Corso universitario. Del diritto delle successioni* in Id., *Opere Giuridiche*, cit., vol. II, pp. 315-453.

base del quale sia possibile ammettere una tale obbligazione giuridicamente vincolante, senza passare, allo stesso tempo, per il complesso strumento della novazione, sia pur intesa impropriamente, come l'aveva fatto il nostro durante la polemica con il Cimbali. Secondo Gianturco, infatti, l'ipotesi della fiducia va considerata come «simile a quella dell'art. 2142 cod. civ. per i debiti prescritti in un termine breve, in cui il debitore può essere tenuto a giurare circa l'esistenza o no del debito: in tal caso, la legge non nega l'azione al credito, ma nega la prova, o meglio non ammette che una sola, il giuramento»²²². Un'assimilazione concettuale, quest'ultima, che l'autore non si astiene dal riportare anche nelle pagine del suo celebre Manuale Barbèra²²³ di *Istituzioni di diritto civile* (1908)²²⁴, sottolineando che la confessione svolge per la fiducia gli stessi effetti civili che il giuramento aveva sul debito sottoposto a prescrizione breve²²⁵.

Si tratta di un equilibrismo civilistico piuttosto ardito, che finisce per mischiare indistintamente il piano delle obbligazioni civili con quello delle obbligazioni morali, continuando, in ogni caso, a sfuggire la domanda del Cimbali sul fondamento della fiducia, che rimane, anche qui, priva di una risposta appagante. Tutto ciò che si può rilevare – ancora una volta – è il sempre più contorto avvilupparsi del Gianturco ad una prospettiva sempre più strettamente civilistica, che cerca di ridurre il fenomeno della fiducia testamentaria alla più tipica delle figure fondative del sistema di diritto civile, quella dell'obbligazione, bandendo radicalmente ogni considerazione su rapporto fiduciario come fenomeno trascendente gli angusti limiti del giuridico, e dunque anche la figura ibrida dell'obbligazione naturale, che ne rappresenta il più tipico esempio. Unico salvacondotto, che ci ricorda la sua indole solidarista e realista, ma allo stesso tempo, conservatrice, è il monito ribadito al legislatore, affinché l'istituto venga del tutto abolito nel Codice civile italiano, non avendo alcuna ragione sociale che ne giustifichi la sopravvivenza, con la sola eccezione delle disposizioni fiduciarie per interposta persona in favore dell'incapace, soggetto debole meritevole di un particolare regime di tutela²²⁶.

²²² Ivi, *Lezione ventisettesima*, pp. 408-409.

²²³ Sulla storia di questi celebri manuali giuridici, destinati ad una grande fortuna tra studenti e pratici, e sulla maniera con cui venivano redatti ed aggiornati periodicamente vedi G. Mecca, *“Manuali di scienze giuridiche, politiche e didattiche”*. *Letteratura universitaria e didattica del diritto nell'Italia del XIX e XX secolo*, in G. Tortorelli (a cura di), *“Non bramo altr'esca”*. *Studi sulla casa editrice Barbèra*, Bologna, Pendragon, 2013, pp. 157-203.

²²⁴ E. Gianturco, *Istituzioni di diritto civile italiano*, 8^a ed., Firenze, Barbèra, 1893. Per una contestualizzazione storico-giuridica del Manuale Istituzionale di Gianturco, con riferimenti più generali alla storia dei manuali di diritto civile tra Otto e Novecento vedi M. Nardoza, *Manualistica e cultura del codice civile tra Otto e Novecento*, cit., pp. 81-111.

²²⁵ E. Gianturco, *Istituzioni di diritto civile italiano*, cit., p. 308.

²²⁶ E. Gianturco, *Delle fiducie nel diritto civile italiano* in F. Lurnet, cit., pp. 701-702.

Quest'ultima riflessione, che da sola potrebbe apparire ancora una volta in contrasto con l'intera costruzione, trova un'implicita conferma in un breve passaggio con cui il Gianturco, ricordando gli assunti del Socialismo giuridico proletario, apre il capitolo sulle successioni del suo manuale istituzionale: «Il diritto di disporre dei propri beni a causa di morte discende dal diritto di proprietà e dal diritto civile positivo: i socialisti impugnano e l'una e l'altra premessa per negare la legalità della conseguenza»²²⁷. Per garantire, invece, contro l'arbitrio di simili dottrine, la libertà di quelle stesse conseguenze, sono due le strade che Gianturco intravede in tema di fiducia testamentaria. Delle due l'una, o il legislatore sceglie di vietarla completamente, facendo opera di adeguamento del diritto civile alle necessità sociali, o è necessario interpretare il diritto vigente in termini obbligatori stringenti, per non ricadere nell'assurdo di far prevalere degli assunti puramente morali sulla logica razionale che regola il diritto civile.

Di converso, è singolare notare che, in nessuno di questi lavori successivi, nonostante ritorni più volte sulla questione, ed in momenti diversi del suo itinerario scientifico, Gianturco faccia mai riferimento alla controversia con il Cimballi, e che si guardi bene dal menzionare la risposta del suo avversario, neanche al solo fine di confutarla nuovamente, magari per stigmatizzare la sua stessa posizione. D'altra parte, e questo ci consente di allargare la nostra osservazione, ancora alla fine dell'Ottocento i termini della contesa sono ben impressi nella civilistica italiana, tanto da meritare un richiamo esplicito nella voce *Successioni testamentarie*²²⁸ del *Digesto Italiano*, redatta dall'avvocato torinese Cesare Losana²²⁹, che cita alcuni brani tanto dell'uno quanto dell'altro dei nostri protagonisti²³⁰.

Tuttavia, la vicenda viene letta in maniera sfocata, disinteressandosi completamente alla questione metodologica sul fondamento della fiducia, che – come abbiamo provato a far emergere – fu il vero nocciolo della controversia, e facendo delle censure di Enrico Cimballi, quando in linea con una lettura esegetica, delle utilissime argomentazioni a favore del divieto, e trattando, all'inverso, la teoria del Gianturco come un'eccentrica dottrina, da contestare radicalmente. Questa lettura insoddisfacente fu probabilmente il precipitato della ricostruzione della controversia fatta da Torquato Cuturi²³¹ – civilista e

²²⁷ E. Gianturco, *Istituzioni di diritto civile italiano*, cit., p. 42.

²²⁸ C. Losana, voce «*Successioni testamentarie*», in *Il Digesto italiano*, XXII, parte IV, Torino, Unione-Tipografica Editrice Torinese (UTET), 1898, pp. 1-448.

²²⁹ F. Torillo, voce «*Losana, Cesare*», in I. Birocchi et. al., *Dizionario biografico* cit., vol. II, pp. 1203-1204.

²³⁰ C. Losana, voce «*Successioni testamentarie*», cit., pp. 188-203. Si veda in particolare la lunga nota n. 4, pp. 194-195.

²³¹ F. Alunno Rossetti voce «*Cuturi, Torquato*», in I. Birocchi et. al., *Dizionario biografico* cit., vol. II, pp. 623-624.

comparatista dell'ateneo perugino – nel suo dotto volume su fedecommissi e successioni nel diritto civile italiano²³², pubblicato nel 1889, ed ampiamente utilizzato per la redazione della sua voce del *Digesto Italiano* dall'avvocato Losana nel 1898. Il Cuturi era, dal canto suo, un giurista profondamente critico, tanto degli approcci sociologici cui tendeva la lettura del Cimbali, considerati da lui fin troppo innovatori, tanto delle dottrine sistemiche di cui era interprete il Gianturco, troppo razionalmente orientata²³³. Dietro la sua parvenza di civilista moderno, si nascondeva però un sostenitore del metodo tradizionale, sia pur ammorbidito, nella sua analisi normativa, da un'attenzione per la comparazione giuridica e per le necessità della prassi forense. Nel mezzo della sua trattazione, che nel caso delle successioni appare noiosamente appiattita sul dettato normativo, Cuturi richiama a più riprese il Gianturco, contestandone, citazione per citazione, le argomentazioni, ed utilizzando, a supporto di quanto sostiene, brani ritagliati arbitrariamente dal saggio del Cimbali²³⁴, che diventa per lui il campione assoluto dell'inammissibilità della fiducia testamentaria²³⁵.

Neanche l'istanza di riforma del Codice civile, proposta da Gianturco, viene risparmiata dalle critiche, considerata dal Cuturi come un segno di negligenza imperdonabile da parte del suo autore, valevole, come tale, a confutarne ulteriormente la teorizzazione mirabolante.

«Ma gli inconvenienti che hanno condotto l'autore a questi voti, non sono nella legge, sono nella teoria che egli vi ha adattata. Il legislatore nulla disse delle fiducie come istituto giuridico, le escluse, anzi, col sistema seguito per le solennità intrinseche e per le forme del testamento; non pronunziò la nullità della fiducia perchè non volle, per tale argomento, lasciare aperta la via a processi intricati e deplorabili nelle conseguenze loro, com'era manifesto dalla giurisprudenza del cod. civ. francese, e lasciò unicamente alla coscienza dell'erede o del legatario il provvedere [...] all'adempimento di quei doveri che credeva di avere assunti, mantenendo tuttavia la qualità che gli era stata conferita dal testamento. Della invocata riforma non credo vi sia bisogno: occorre solo che l'art. 829 del cod. civ. sia considerato come un momento del sistema che è nella legge nostra»²³⁶.

²³² T. Cuturi, *Dei fidecommissi e delle sostituzioni* cit.

²³³ T. Cuturi, *Delle recenti discussioni sul metodo nello studio del diritto civile italiano*, in «Archivio giuridico», XXXIX, 1887, pp. 269-309.

²³⁴ T. Cuturi, *Dei fidecommissi e delle sostituzioni* cit., pp. 156-170.

²³⁵ «Osservava benissimo il Cimbali, seguendo alcune decisioni delle nostre Corti, che la fiducia è solamente ammissibile, non inquanto l'istituto abbia l'obbligo preciso di adempiere i segreti avuti dal testatore, ma inquanto, invece, adempiendoli per impulso della coscienza, esercita il diritto di trasmettere in altri quei beni che sono ormai nel suo patrimonio» (Ivi, pp. 158-159).

²³⁶ Ivi, p. 170.

6. *Una questione di prospettiva: due anime del Realismo giuridico italiano nella seconda metà del secolo XIX*

Una lettura della controversia sulla fiducia come quella che ci restituisce Torquato Cuturi, appare grandemente insoddisfacente, e questo non soltanto perché è orientata verso il fine manifesto di preservare ad ogni costo il divieto normativo, ma anche – e forse soprattutto – perché sacrifica, sull’altare della legalità, la ben più rilevante questione di filosofia positiva che si nasconde dietro l’interrogativo pratico che sottende la polemica tra i nostri due protagonisti. Da un lato si pone, infatti, il metodo *storico-razionale*, concepito come “sistema chiuso”, fondato su una logica deduttiva stringente, nella quale il giurista deve trovare necessariamente la risposta ad ogni interrogativo posto dalla pratica forense e dai bisogni sociali, senza alcuna possibilità di oltrepassarne i limiti rigorosi o di attingere elementi dall’esterno. Dall’altro l’approccio *scientifico-sociale*, che guarda al diritto come organismo vivente, parte di un più complesso ciclo evolutivo che, prima ancora di essere giuridico, investe la società nel suo complesso, e di cui il diritto è soltanto un riflesso. In queste le reciproche posizioni di Emanuele Gianturco ed Enrico Cimbali – come si è cercato di dimostrare – rappresentano, in maniera del tutto inconsapevole – in gran parte a causa della giovane età e della primissima fase del loro itinerario scientifico e dottrinale – i due archetipi fondamentali di quelle che diventeranno, dopo di loro, le due tendenze, distinti ed inconciliabili, in cui si dividerà la scienza giuridica italiana tra la fine del XIX e i primi decenni del XX secolo.

Da una parte l’approccio dottrinale del *Systema*, di sempre più chiara ispirazione pandettistica, che si incarna nelle *Parti generali* di Chironi, Coviello, e Ferrara²³⁷, sempre più profondamente orientate verso un’interpretazione razionale del diritto civile, fondata su assiomi concettuali e nozioni generali, deducibili dal dettato codicistico ridotto a sistema ordinato di principi, che però finiscono per astrarre completamente dalla realtà sociale circostante, delegando alla giurisprudenza il compito di far progredire il diritto per mezzo di un’interpretazione evolutiva della legge²³⁸.

Dall’altra parte l’approccio sociologico, che pagherà con la perdita della sua stessa identità la prematura scomparsa di Enrico Cimbali il 25 giugno 1887, e che, nonostante gli sforzi dei suoi compatrioti siciliani Giuseppe Vadalà-Papale²³⁹ e Giuseppe D’Aguanno²⁴⁰ per preservarne l’originaria voca-

²³⁷ P. Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit., pp. 383-441.

²³⁸ Su questa tendenza della scienza giuridica non soltanto italiana ma europea vedi M. Meccarelli, *Diritto giurisprudenziale e autonomia del diritto* cit., pp. 723-734.

²³⁹ F. Mazzarella, voce «Vadalà-Papale, Giuseppe», in I. Birocchi et. al., *Dizionario biografico* cit., vol. II, pp. 2008-2009.

²⁴⁰ F. Mazzarella, voce «D’Aguanno, Giuseppe», in I. Birocchi et. al., *Dizionario biografico* cit., vol. I, pp. 627-628.

zione comtiana, darwinista e spenceriana²⁴¹, finirà per naufragare nel Socialismo giuridico più spinto, incarnato nelle critiche di stampo marxista²⁴² che lo storico-giurista Giuseppe Salvioli²⁴³ muoverà al diritto borghese del Codice civile italiano e del progetto di BGB tedesco²⁴⁴, e parallelamente nel riformismo smaccatamente proletario del filosofo del diritto Francesco Cosentini²⁴⁵, pur sociologicamente orientato nell'impostazione ma tendente verso una dottrina politica che fa del diritto un semplice strumento per l'affermazione di classe²⁴⁶, al servizio di un onnipotente Stato legislatore sociale²⁴⁷.

Tuttavia, se ci soffermiamo a riflettere sulle posizioni di Cimbali e Gianturco, considerate nella loro essenza storica – tralasciando per un momento le derive a cui saranno condotte successivamente – ci appare evidente qualcosa che, a prima vista, potrebbe sfuggire. Dobbiamo considerare, infatti – come ci suggerisce il sociologo del diritto Renato Treves – che questi due approcci, pur fondati su sensibilità e metodologie dottrinali profondamente diverse, non solo per provenienza geografica, ma anche per i postulati di partenza, sono due prodotti dell'avvento della filosofia positiva in Europa, declinati, a loro volta, in maniere diverse nel contesto italiano, ma che pur condividono, loro malgrado, uno stesso corredo genetico fondamentale²⁴⁸. Questo fondamento, che appartiene al contesto culturale nel quale sono immersi i nostri due protagonisti e dal quale sono entrambi influenzati, non si riflette però, come ci aspetteremmo, in un'unità metodologica o in un'identità di approcci dottrinali al problema giuridico, che, considerate in una pro-

²⁴¹ F. Mazzarella *Darwinismo, storicismo, socialità. La "nuova tendenza" di Giuseppe Vadalà-Papale*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», n. 41, 2012, pp. 583-626.

²⁴² Sul marxismo come dottrina politica di derivazione positivista, e sulla sua sociologia del diritto v. H. Lefebvre, *La sociologia di Marx*, Milano, il Saggiatore, 1969; R. Guastini, *Marx: dalla filosofia del diritto alla scienza della società. Il lessico giuridico marxiano (1842-1851)*, Bologna, il Mulino, 1974; N. Bobbio, R. Treves, *Teoria del diritto e sociologia del diritto in Marx*, in «Sociologia del diritto», II, 1978, pp. 279-294; Z. Bauman, *Lineamenti di una sociologia marxista*, Roma, Editori Riuniti, 1979; G. Rebuffa, *Nel crepuscolo della democrazia. Max Weber tra sociologia del diritto e sociologia dello Stato*, Bologna, il Mulino, 1991; e più di recente F. Ferrarotti, *Lineamenti di storia del pensiero sociologico*, cit., pp. 53-60; A. Izzo, *Storia del pensiero sociologico*, cit., vol. II: *I classici*, pp. 23-106.

²⁴³ F. Mazzarella voce «Giuseppe Salvioli» in *Enciclopedia Italiana di Scienze, Lettere ed Arti*, Appendice VIII, cit., pp. 417-421; N. Vescio, voce «Salvioli, Giuseppe» in Birocchi et. al., *Dizionario biografico* cit., vol. II, pp. 1777-1780.

²⁴⁴ P. Costa, *Il 'solidarismo giuridico' di Giuseppe Salvioli*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», n. 3/4, 1974-1975, pp. 457-494; F. Mazzarella, Ivi, pp. 418-420.

²⁴⁵ A. Mattone, E. Mura, voce «Cosentini, Giuseppe» in Birocchi et. al., *Dizionario biografico* cit., vol. I, pp. 590-591.

²⁴⁶ F. Cosentini, *La riforma della legislazione civile*, Modena, Società Tipografica Modenese, 1911, pp. 203-245.

²⁴⁷ Si tratta di quello che verrà definito Socialismo di Stato, cfr. G. Solari, *Socialismo e diritto privato* cit., pp. 182-222.

²⁴⁸ R. Treves, *Sociologia del diritto*, cit., pp. 5-179.

spettiva squisitamente scientifica, ci appaiono del tutto inconciliabili, come avviene peraltro, nel caso concreto, con la definizione della nozione di fiducia nella nostra controversia.

Partendo da questo primo scaccomatto sul piano della scienza giuridica, però, possiamo provare a rivalutare la questione in prospettiva antropologico-culturale, cercando di fare emergere – per dirlo ancora una volta con le parole di Luigi Lacchè – lo «strato profondo della cultura giuridica» di cui sono manifestazione tanto la teorizzazione del Gianturco quanto l'opposta teoria del Cembali. Ed è su questo secondo piano di analisi che possiamo provare a focalizzarci su quell'elemento che – a nostro parere – ci consente di far convergere le loro due antitetiche ricostruzioni, in una sorprendentemente unità di vedute. Il riferimento è a quella *prospettiva realista* al problema giuridico, che i nostri protagonisti sembrano avere in comune, e che si sostanzia nella presa di coscienza della rilevanza sociale del diritto, e della necessità di una sua socializzazione²⁴⁹, oltre la muraglia eretta dagli esegeti in difesa dell'assolutismo giuridico²⁵⁰, destinato ad andare peraltro in crisi proprio a causa dei rapidi mutamenti sociali e culturali tra Otto e Novecento.

L'ammissibilità o meno della fiducia passa, infatti, in entrambi i casi – aldilà dell'arnese metodologico che i due giuristi scelgono di adoperare o dai toni accessi della controversia in cui sono coinvolti – per un rigoroso confronto del dettato codicistico con i bisogni del contesto sociale italiano della fine dell'Ottocento, ed è questo approccio, intimamente culturale ma non privo di ricadute sul piano applicativo, che ci consente di parlare di un autentico *Realismo giuridico italiano* della seconda metà del secolo XIX, inteso non come metodo giuridico-positivo ma come paradigma antropologico-culturale della scienza giuridica italiana tra la fine dell'Ottocento e i primi decenni del Novecento.

È per questo motivo che, in ultima analisi, questi due giuristi, ci appaiono condividere con gli artisti, i poeti, i commediografi o gli scrittori del loro tempo quello stesso approccio fondativo, ed allo stesso tempo quella medesima insoddisfazione verso i modelli del passato, che, combinate insieme, danno vita ad un sentimento che non è solo di rinnovamento metodologico, declinato in maniera ecletticamente differente a seconda delle sensibilità e dei gusti del singolo interprete, ma soprattutto di rivoluzione culturale e prospettica, quanto all'angolatura ed all'ottica con la quale guardare al fenomeno giuridico nel suo complesso. Come i realisti, pittori e letterati, fondavano la loro ribellione in una prospettiva realista, naturalista, verista, più o meno socialista, più o meno liberale, più o meno emancipata di guardare alla re-

²⁴⁹ M. Stronati, voce «*Il socialismo giuridico e il solidarismo*», cit., p. 405.

²⁵⁰ P. Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, cit.

altà, riproducendola esattamente come essa appariva ai loro occhi, senza la mediazione di astrazioni o fantasiose metafore, contro i canoni del neoclassicismo e del romanticismo; così i nostri giuristi realisti partono da un'analisi rigorosamente empirica della realtà circostante, per poi utilizzarla come lume interpretativo delle astratte costruzioni giuridiche desumibili dal dettato codicistico, criticando contemporaneamente l'approccio contrario dei loro predecessori *paleocivilisti*. Ma non dobbiamo lasciarci ingannare, questa *prospettiva realista*, essendo fondata su un'osservazione soggettiva della realtà, come lo è quella artistica o letteraria, può condurre – come avviene per la nostra controversia sulla fiducia – a ricostruzioni diverse, a concezioni e teorizzazioni sensibilmente differenti, a risultati del tutto opposti, ma ciò nonostante affonda pur sempre le sue radici in uno stesso rinnovamento culturale e in un identico ribaltamento del punto di osservazione, che rigetta un'insensata astrazione della realtà a favore di un più pragmatico razionalismo, anche quando questo finisce per mettere in discussione l'opportunità dell'intero impianto codicistico – come sostiene Emanuele Gianturco – o la sua razionalità stringente – come afferma all'inverso Enrico Cimbali.

Monica Stronati

‘Dare credito’, ‘dare fiducia’: usura e mutuo soccorso tra Otto e Novecento

1. *Il naufragio della “Provvidenza”: storie ordinarie di credito ad usura*

Tra il 1863 e il 1878 si svolge la storia dei Malavoglia, la famiglia di pescatori che s’indebita per una scommessa commerciale: il trasporto via mare di lupini. Il naufragio della barca di famiglia, “La Provvidenza”, determina il fallimento dell’impresa, anche perché i Malavoglia non hanno assicurato lo scafo e neanche il carico. La disgrazia innesca una serie di situazioni drammatiche e tra queste l’indebitamento usurario. Padron ‘Ntoni, il capofamiglia, prega *zio Crocifisso* di dargli tempo ma l’usuraio è una “campana di legno”, si lamenta e non sente, vuole solo i soldi.

Il romanzo di Verga descrive in modo attendibile l’atmosfera di quel tempo. Anzitutto, la difficoltosa affermazione di una cultura dell’assicurazione¹, che però stava diventando cruciale nel contesto della industrializzazione, perché la ripartizione del rischio era, ed è, un fattore di progresso tecnologico e sviluppo economico. Tuttavia, la percezione del rischio, e come eventualmente fargli fronte, dipende da complessi fattori tecnici, culturali e ambientali. Sarebbe, comunque, fuorviante pensare che si tratti solo di un calcolo razionale di costi e benefici, cioè una dinamica inscritta in un modello semplicistico di analisi di eventi e comportamenti².

¹ Per esempio, l’assicurazione sulla vita si afferma con ritardo, perché associata al gioco d’azzardo, alla scommessa sulla durata della vita e talvolta ad una crudele forma di lucro. Fanelli cita le ricerche di Bensa: dai primi decenni del XV secolo si stipulavano in Italia contratti che garantivano il pagamento di somme prefissate al verificarsi della morte di determinata persona alla cui sopravvivenza il contraente aveva interesse. Nei secoli successivi (XVI e XVII) non si fanno passi avanti, «degenera anzi in vere e proprie scommesse ed in strane speculazioni che si appuntano talora sulla stessa vita dei sovrani e del Papa», G. Fanelli, *Il contratto di assicurazione sulla vita*, in «Novissimo Digesto Italiano», I, vol. 2, 1975, ora in Id., *Saggi di diritto delle assicurazioni*, Milano, Giuffrè, 1971, p. 317.

² Cfr., V. Pelligra, *I paradossi della fiducia. Scelte razionali e dinamiche interpersonali*, Bologna, il Mulino, 2007.

La vicenda di Padron 'Ntoni non è un'espedito narrativo. Il ricorso all'usura è estremamente diffuso, ma non è molto diverso il presupposto della fiducia che accomuna la stipula di un contratto di assicurazione³, un contratto di prestito, l'adesione come socio ad una mutua associazione o il rapporto che lega l'usurato con l'usuraio. Nel Dizionario etimologico la parola *crédito* «Vale anche Fiducia che uno ispira di essere onesto e solvibile, sì che altri gli dà facilmente roba e denaro, e più genericamente Riputazione, Autorità»⁴. E viceversa: la parola *fiducia*, dal latino *fidere*, avere fede è la «Credenza e speranza in persona, o anche nel buon successo di checchessia, fondate su segni o argomenti certi o molto probabili. Si usa anche per Credito, Stima»⁵.

L'accesso al credito è per molti aspetti, dunque, una questione di fiducia e di reputazione. La parola *crédito*, in effetti, deriva dal latino *credītum*, da *credere* "affidare, credere". In una prima accezione, il credito rimanda a «il credere, l'esser creduto»⁶. La reputazione «di un creditore è centrale nella definizione dei suoi accordi economici, la sua solvibilità spesso non è legata solo alle garanzie materiali – che restano decisive – ma alla pura fiducia che lo lega al suo ambiente familiare e professionale»⁷. Per esempio, nella comunità commerciale napoletana tra Otto e Novecento sono fondamentali le relazioni personali e la fiducia, come dimostra la «frequenza con la quale si ricorre a parenti o amici per ottenere il denaro necessario alla propria attività economica [...] Senza una buona reputazione, unica garanzia realmente necessaria, non è possibile resistere in un sistema in cui il denaro circola poco e la necessità di ricorrere alle cambiali [...] rappresenta l'unica

³ «In generale la fiducia è stata a lungo considerata un importante motore di qualsiasi attività economica. Uno degli ambiti dove emerge particolarmente la complessità della figura del fiduciario, che deve muoversi tra deontologia, orientamento al risultato e costruzione e mantenimento della fiducia è il campo delle assicurazioni. L'industria assicurativa, probabilmente più di qualsiasi altra nel settore finanziario, si basa sulla fiducia. Le compagnie assicurative, in cambio di un premio, promettono di pagare un indennizzo se si verifica un evento avverso in futuro. Senza fiducia nell'assicurazione, è molto improbabile che le persone decidano di acquistare una polizza, pertanto l'aspetto della fiducia è un fattore di estrema importanza ma, allo stesso tempo, non è immediata la comprensione del come si generi questa fiducia in tale ambito», R. Pearson, *L'Italia e la storia delle assicurazioni in Europa: lo stato dell'arte e le prospettive*, in P. Garonna, M. D'Alessandro (a cura di), *Assicurazioni e sviluppo: lezioni dalla storia. Contributi di G. Amato, P. Ciocca, E. Fornero, R. Pearson, G. Toniolo*, Roma, Bancaria Editrice, 2012, p. 48.

⁴ *Crédito*, «Vocabolario Etimologico della Lingua Italiana di Ottorino Pianigiani», <<http://www.etimo.it/?pag=hom>>, agosto 2024.

⁵ *Fiducia*, «Vocabolario Etimologico della Lingua Italiana di Ottorino Pianigiani», <<http://www.etimo.it/?pag=hom>>, agosto 2024.

⁶ *Crédito*, «Vocabolario Treccani», <<https://www.treccani.it/vocabolario/credito/>>, agosto 2024.

⁷ M.R. De Rosa, *I molteplici volti della fiducia: relazioni personali e intermediazione creditizia a Napoli (XIX-XX sec.)*, in «Quaderni storici», Nuova Serie, Vol. 43, n. 128 (2), *Memorie, fonti, giustizia. Dopo la Guerra Fredda*, agosto 2008, p. 481.

strada per ottenere denaro utile non solo ai propri affari ma anche alla vita quotidiana»⁸.

La figura dell'usuraio mette tutti d'accordo, è detestato, descritto sempre in termini infamanti, anche dai giuristi. L'usuraio è «un serpente livido e nero, che avvelena con l'alito e contamina con la persona», egli è simile «a falco grifagno, aspetta con paziente cura la vittima e poi, spiccato il volo, vi piomba sopra, la ghermisce e la divora». Il cuore dell'usuraio, scrive Butera nel *Digesto Italiano*, «non ha mai vibrato ai comandi della giustizia e ai palpiti della pietà; per lui è prodezza rompere ogni legge dell'amicizia, dell'ospizio e del sentimento umano»⁹.

2. La libertà contrattuale e l'abolizione del reato di usura

L'accesso al credito è stato sempre cruciale nella vita pubblica e privata. Tuttavia, qualcosa di nuovo caratterizza gli Stati liberali, perché adottano la nuova politica economica del *laissez faire, laissez passer* per cui «era naturale che essa si facesse propugnatrice dell'abolizione di quelle leggi limitatrici (come avea fatto di tutte le leggi e le istituzioni, che mettevano ostacolo all'attività dei privati) in nome della libertà personale»¹⁰. Un lungo percorso ha condotto fino a Bentham, cioè al definitivo 'sdoganamento' illuminista della pratica del prestito a interesse senza limiti legali. Fatale, anche in quella circostanza, è stato il soggiorno di Jeremy dal fratello nel 1787, quando scrive un *pamphlet* in forma epistolare: tredici lettere indirizzate ad un anonimo amico, ed una lettera indirizzata ad Adam Smith. «A mia conoscenza», scrive Bentham, «possono essere date solo due definizioni dell'usura: secondo la prima essa consiste nel guadagnare un interesse maggiore di quello concesso dalla legge, e questa potrebbe essere designata come la definizione *politica* o *giuridica*. Secondo l'altra essa consiste nel guadagnare un interesse maggiore rispetto a quello usuale fra gli uomini nel dare e nel prendere, e questa potrebbe essere classificata come la definizione *morale*: è chiaramente l'unica ammissibile dove la legge non è intervenuta»¹¹.

«È un curioso episodio nella storia del pensiero economico», osserva Sen, che Bentham «il filosofo utilitarista, l'interventista, il riformatore fa lezione al propugnatore, al guru dell'economia di mercato, predicando le virtù

⁸ Ivi, p. 482.

⁹ A. Butera, *Usura*, in «Digesto Italiano», vol. XXIV, 1914-1921, p. 127.

¹⁰ F. Andreani, *Delle leggi contro l'usura*, Perugia, Tipografia Umbra, 1888, p. 39. Un personaggio interessante, Francesco Andreani. Avvocato civilista perugino e sindaco di Umbertide (1890 e 1910-1919), fondò l'azienda dolciaria "Perugina".

¹¹ J. Bentham, *Difesa dell'usura*. A cura di N. Buccilli, M. Guidi, Macerata, Liberilibri, 1996, pp. 15-16.

dell'allocazione delle risorse stabilita liberamente dal mercato!»¹². In realtà, Smith si preoccupava della «possibilità di perdite di benessere sociale associate alla ricerca di rapidi guadagni individuali»¹³. È vero che ha sostenuto la logica dei meccanismi del mercato, «ma ha anche analizzato alcune delle sue più importanti limitazioni. In tema di interessi, Smith si oppose a vietarli per legge, eppure sostenne la necessità di restrizioni di legge, imposte dallo Stato, quanto ai massimi tassi praticabili»¹⁴. In buona sostanza, come in altri casi, anche il pensiero di Adam Smith è stato manipolato, dimenticando la complessità della sua dottrina e cogliendo solo il principio dell'auto-interesse, cioè l'interesse individuale come unico motore dell'azione economica, trascurando l'analisi dei sentimenti morali e dunque l'etica dei sentimenti.

Per Bentham è, invece, inutile e dannoso porre dei limiti al prestito a interesse da parte del legislatore. Determinante deve essere l'elemento volontaristico nella fase della formazione del contratto, perché è la somma delle singole utilità, il perseguimento del proprio interesse, che determina la pubblica utilità. D'altra parte anche Turgot aveva criticato aspramente l'aristocrazia che impediva la circolazione della ricchezza. I tempi erano, dunque, maturi per abbattere un tabù millenario.

L'ordine giuridico ottocentesco alligna nei principi asseriti durante la Rivoluzione francese, a cominciare dall'art. 1 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino, del 1789: «les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droit». Quella libertà e quell'eguaglianza non sono, però, calate nel contesto dei condizionamenti socio-economici. Posta a livello di principi universali l'eguaglianza comporta semplicemente «un mécanisme de réciprocité»¹⁵. In buona sostanza lo schema contrattuale diventa lo strumento per l'esercizio della reciproca libertà di ciascuno, «C'est évidemment là que se fonde la prééminence, dans la philosophie du droit issue de la Révolution et inscrite dans le Code civil, du schéma contractuel»¹⁶. La liberazione dai legami feudali sancisce la libertà individuale, ma solo formale. In via astratta, chiunque può accedere al credito, chiunque può essere proprietario, chiunque può liberamente contrattare. Anche la libertà del lavoro, come noto, viene attratta in quello schema¹⁷. Da un lato, la rivoluzione ha liberato

¹² A. Sen, *Denaro e valore: etica ed economia della finanza*, Roma, Banca d'Italia, 1991, pp. 102-103, p. 43, <https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/lezioni-baffi/pblecture-01/1_Vol_1_Denaro_e_valore_Etica_econ.pdf>, agosto 2024.

¹³ Ivi, p. 104, p. 44.

¹⁴ Ivi, p. 101, pp. 41-42.

¹⁵ M. Borgetto, R. Lafore, *L'État-providence, le droit social et la responsabilité*, in «Lien social et Politiques», 46/2001, pp. 33-34.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ «Lo schermo formale 'uguale' del libero contratto propone nel vivo delle relazioni economiche una situazione di netto privilegio per i datori di lavoro. Il vuoto giuridico determinato dal rinvio in bianco all'autonomia dei privati fa sì che, dopo il libero contratto, l'organizzazione e la disciplina

il lavoro dai vincoli corporativi. D'altro lato, il codice civile napoleonico del 1804, come quello italiano del 1865, si limita ad elencare le tre principali specie di locazione¹⁸ e a porre il limite dell'obbligo, per un tempo determinato o per una determinata impresa¹⁹. Poche norme perché quel «vuoto giuridico» deve essere colmato con il rinvio all'autonomia dei privati²⁰, cioè ai caratteri generali che regolano i contratti e al principio dell'eguaglianza dei contraenti. In buona sostanza, centrale è lo schema del contratto ovvero sia il libero incontro della volontà delle parti che si presumono eguali. Dal punto di vista giuridico, qualsiasi integrazione esterna alla volontà espressa dalle parti costituisce una violazione alla libertà individuale. La stessa sorte ha avuto l'accesso al credito. Chiunque può indebitarsi liberamente, perché il giusto tasso d'interesse non può essere che quello scaturito dal libero incontro della volontà delle parti: *Il est permis de stipuler des intérêts pour simple prêt d'argent, soit de denrées ou d'autres choses mobilières* (art. 1905 c.c. napoleonico).

3. *L'usura nella legislazione pre-unitaria*

Per la verità, in Francia si fa presto marcia indietro. Tre anni dopo la promulgazione del codice, nel 1807, la *Loi sur le taux de l'intérêt de l'argent*²¹

della fabbrica siano affidate alla sola volontà dell'imprenditore. Libertà e uguaglianza del contratto sottopongono così il lavoratore a una vera e propria 'dittatura contrattuale' riguardo alla costituzione del rapporto, alle modalità della prestazione, alla sua durata e al suo scioglimento (affidato ad un semplice licenziamento *ad nutum*)», G. Cazzetta, *Società industriale e silenzio del codice: lavoro e impresa*, in Id., *Scienza giuridica e trasformazioni sociali. Diritto e lavoro in Italia tra Otto e Novecento*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 6-7.

¹⁸ Art. 1779: Il y a trois espèces principales de louage d'ouvrage et d'industrie 1° Le louage des gens de travail qui s'engagent au service de quelqu'un ; 2° Celui des voituriers, tant par terre que par eau, qui se chargent du transport des personnes ou des marchandises 3.° Celui des entrepreneurs d'ouvrages par suite de devis ou marchés. Art. 1627, c.c. 1865: Vi sono tre principali specie di locazione di opere e d'industria: 1° Quella per cui le persone obbligano la propria opera all'altrui servizio; 2° Quella de' vetturini sì per terra come per acqua, che s'incaricano del trasporto delle persone o delle cose; 3° Quella degli imprenditori di opere ad appalto o cottimo.

¹⁹ Section I.^{re} Du Louage des Domestiques et Ouvriers. Art. 1780: On ne peut engager ses services qu'à temps, ou pour une entreprise déterminée. L'articolo seguente, che verrà abolito solo nel 1868, prevede che in caso dubbio nelle controversie: si presta fede al padrone sopra la sua giurata asserzione per: la quantità delle mercedi; il pagamento del salario dell'annata scaduta e le somministrazioni fatte in conto dell'anno corrente (Le maître est cru sur son affirmation; Pour la quotité des gages; Pour le paiement du salaire, de l'année échue; Et pour les à-comptes donnés pour l'année courante). Art. 1628 c.c. 1865: non può obbligare la propria opera all'altrui servizio che a tempo o per una determinata impresa.

²⁰ Art. 1710: Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles. Art. 1570, c.c. 1865: La locazione delle opere è un contratto, per cui una delle parti si obbliga a fare per l'altra una cosa mediante la pattuita mercede.

²¹ Loi 3 septembre 1807, IV sér., n. 2740.

stabilisce il tetto del 5% per gli interessi pattuiti in materia civile e del 6% in materia commerciale, accompagnati da sanzioni civili e penali aggravate con la legge del 1850²². Il costo del denaro deve mantenersi in equilibrio, da un lato con un tasso non troppo alto, per facilitare la produzione, perché «la legittimità degli interessi è uno dei fattori cardinali della vita economica moderna»²³, ma senza cadere nell'estremo opposto, di rendere gratuito²⁴ o troppo facile l'accesso al denaro.

La repressione del reato di usura può senza dubbio contare su una tradizione fortemente radicata. Nello Stato pontificio, appena possibile, con l'Editto del 1814, si torna alle antiche leggi e dunque al divieto di prestare ad interesse²⁵. Nell'Italia pre-unitaria l'usura viene sanzionata penalmente²⁶, per esempio il codice penale parmense punisce all'art. 494 l'usuraio abituale, quello estense all'art. 513 punisce con una multa corrispondente al triplo della somma riscossa, qualunque creditore per titolo d'impiego di denaro, che avrà esatto, sotto qualsivoglia denominazione o pretesto, un interesse eccedente la misura permessa dalla legge, o che stando anche nella misura permessa dalla legge, avrà indotto il suo debitore ad anticiparne le rate fuori della legittima scadenza. In caso di recidiva si rischia il carcere fino a due anni. Il c.p. toscano del 1853 non contempla il reato di usura. Tuttavia, prevede il reato di «scrocchio», «il delitto designato dai vecchi scrittori di diritto penale colla voce barbara *mohatra*; e si può definire un contratto usurario col quale si danno in imprestito oggetti di poco valore stimati ad altissimo prezzo con obbligo di restituzione in danaro»²⁷. Rispetto alla legge del 1786, il codice restringe la figura giuridica che deve avere quattro requisiti: «1° il bisogno di denaro del richiedente; 2° la scienza del sovente di questo bisogno; 3° la consegna di roba per avere denaro; 4° la valutazione della roba ad un prezzo eccessivo»²⁸. La pena prevista dal legislatore, è solo pecuniaria, una multa da cento a duemila lire²⁹. Anche il *Codice per lo Regno delle Due*

²² Loi 19 décembre 1850, X sér., n. 2604 : *Loi relative au délit d'usure*.

²³ A. Butera, *Usura*, cit., p. 125.

²⁴ La questione della gratuità del prestito di denaro, seppure sostenuta in contesti di economia di povertà, era stata superata già nel medioevo maturo, in un'economia dinamica nella quale viene introdotto il principio «per cui la produttività del denaro non costituisce la violazione, ma l'attuazione della giustizia commutativa», F. Treggiari, *Itinerari storici dell'usura: diritto, religione, mercato*, in «Teoria e prassi del diritto», 1/2024, pp. 145-146.

²⁵ Con la codificazione del 1917, la Chiesa riconobbe la piena liceità del prestito ad interesse, canon 1543, ad un tasso moderato. Tuttavia, confermò la condanna dell'usura, cfr., *ivi*, p. 150.

²⁶ Cfr., R. La Porta, *La repressione dell'usura nel diritto penale italiano*, Milano, Giuffrè, 1963.

²⁷ *Scrocchio*, in «Digesto Italiano», vol. XXI, parte prima, 1891, p. 982. Nella voce si elencano anche le altre caratteristiche forme di usura.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ Non viene prevista una proporzionalità rispetto allo *scrocchio*, un difetto criticato da Francesco Carrara: «Cosicché gli amatori di queste turpi speculazioni troveranno il loro tornaconto a lavorare in grande, e ripeterassi anche qui quel doloroso fatto che i più grandi delinquenti siano meno

Sicilie del 1819 non prevede il reato di usura, ma vengono introdotte pene per gli usurai abituali con la legge del 1828, per cui l'usuraio rischia il terzo grado di prigionia.

Il codice penale sardo del 1839 (art. 517), punisce con il carcere estensibile secondo le circostanze da sei mesi a quattro anni e con una multa non minore di lire duecento gli usurai abituali, cioè coloro che per tre volte esigono interessi superiori al tasso legale del 5%. Il c.p. del 1859, però, accoglie il pensiero economico-giuridico moderno, pertanto non annovera il reato d'usura. D'altra parte già la legge del 1857 aveva stabilito nel 5% in materia civile, e 6% in materia commerciale, il tasso d'interesse legale o convenzionale, da applicare nei casi in cui mancasse una convenzione stabilita a volontà dei contraenti.

4. Multi oderunt peccare mali formidine poenae: *i tentativi di riforma dal codice Zanardelli al codice Rocco*

I nuovi principi liberali vengono totalmente accolti dall'ordinamento giuridico dell'Italia unitaria, al fine di eliminare ostacoli alle attività economiche. Era il trionfo dell'*homo oeconomicus*, cioè l'individuo astratto dei codici, un uomo semplice, perché agisce per motivazioni razionali volte alla massimizzazione della propria ricchezza. È un soggetto astratto, potenzialmente universale, perché non è determinato dalla complessità del reale o da motivazioni che non siano il proprio tornaconto. Ed è il soggetto giuridico forte, protetto dall'ordinamento giuridico, in particolare dal codice civile, che è l'effettiva dimensione costituzionale dell'ordine giuridico liberale.

Il nuovo spazio di libertà economica si traduce, anche, nella libertà dei contraenti di stabilire i tassi di interesse, come recita l'art. 1831 c.c. 1865: «L'interesse è legale o convenzionale. L'interesse legale è determinato nel cinque per cento in materia civile e nel sei per cento in materia commerciale e si applica nei casi in cui sia dovuto manchi una convenzione che ne stabilisca la misura. L'interesse convenzionale è stabilito a volontà dei contraenti». Solo in mancanza di pattuizione, il legislatore indica un interesse legale. Inoltre, nell'ultimo comma dell'articolo 1831, il legislatore dispone che l'interesse

puniti», F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale, Parte speciale, ossia esposizione dei delitti in specie con aggiunta di note per uso della pratica forense*, Vol. IV, Lucca, Tipografia Giusti, 1869², pp. 565-566. Carrara riteneva controproducenti i divieti indiscriminati. Pur rispettando «la questione teologica», Carrara affermava essere un «fatto storico incontrastabile che il giure canonico col proibire indistintamente lo interesse del denaro gettò i bisognosi in balia dei meno onesti, ed osteggiò la circolazione del numerario; perchè gli onesti non potendo per timore del peccato trovare un lucro nello imprestito che fosse compenso dei loro pericoli, naturalmente amavano meglio tener morto il denaro: per lo che i meno scrupolosi soltanto esercitando il cambio rimanevano senza freno morale che moderasse la loro avidità», *ivi*, pp. 553-554.

convenzionale eccedente la misura legale debba risultare da atto scritto. Lo scopo della previsione era quello di costituire «un'efficacia remora alla pratica usuratizia. Ma fu solo ingenuità parlare di “pudore” nei confronti di chi aveva già superato ogni barriera morale e, comunque, nei confronti di chi aveva mille mezzi, compreso la cambiale, per salvare ipocritamente la stima e la “buona reputazione”»³⁰.

Anche l'articolo seguente, il 1832, doveva essere «un efficace mezzo di lotta all'usura concedendo al debitore la facoltà di restituire dopo cinque anni dal contratto le somme portanti un interesse maggiore della misura legale e ciò non ostante qualsiasi patto contrario»³¹.

La pratica del prestito ad interessi “usurari” determina rilevanti problemi di ordine sociale ed economico. Se da un lato, per stare al gioco imposto dal mercato, l'accesso ai prestiti è sostanzialmente inevitabile. D'altro lato, però, il meccanismo dell'usura spesso determina fallimenti che coinvolgono interi nuclei familiari. L'avvocato Francesco Andreani, si dichiara incredulo, e ritiene inaccettabile che «i più sfrontati abusi e le più inique usurpazioni si consumino ancora impunemente sotto la protezione della legge»³². Tuttavia, il c.p. Zanardelli non contiene alcuna norma per la repressione dell'usura.

L'usura, si domanda Butera, «costituisce soltanto una forma di illecito civile, un contratto nullo, perché contrario ai buoni costumi, o dà materia a un vero e proprio reato». La ragione per cui l'usura non è più considerabile un reato, sta nella libertà dei soggetti, «in quanto il pagamento degli interessi esorbitanti è spontaneamente consentito dal mutuatario, e nessuno ha ragione di turbarsi e di temere per un danno, a cui si è liberi di esporsi»³³. Tuttavia, proprio la presunta libertà dei contraenti viene messa in discussione: «La libertà del consenso da parte del mutuatario è una vera scherma di parole ingannatrici, quando si rifletta che costui, per inesperienza, per passione o per impellenti necessità della vita, è costretto a subire il peso di patti enormi»³⁴.

Dottrina e giurisprudenza, anche con qualche forzatura³⁵, mostrano un

³⁰ R. La Porta, *La repressione dell'usura nel diritto penale italiano*, cit., p. 20.

³¹ «Ma tale disposizione finì coll'irridere la vittima sia perché riguardava solo mutui a lunga scadenza (con esclusione, quindi, della piccola usura e di quella abituale), sia perché si riferiva solo all'usura di denaro con esclusione di ogni altra forma di usura, sia perché rare volte il debitore si trovava in condizioni di restituire le apparenti somme mutate e sia perché la disposizione poteva sempre essere elusa dalla “potente arma cartacea” della cambiale», R. La Porta, *La repressione dell'usura nel diritto penale italiano*, Milano, Giuffrè, 1963, p. 21.

³² F. Andreani, *Delle leggi contro l'usura*, cit., p. 6.

³³ A. Butera, *Usura*, cit., p. 133.

³⁴ *Ibidem*.

³⁵ La «dottrina e la giurisprudenza reagirono e riuscì spesso a colpire civilmente il contratto di usura ricorrendo talvolta anche a motivi giuridicamente non fondati ma sicuramente aderenti alla coscienza ed alle esigenze sociali», per esempio, comminando la nullità del contratto usurario per la illiceità della causa o per invalidità del consenso, R. La Porta, *La repressione dell'usura nel diritto penale italiano*, cit., pp. 21 ss.

interesse sempre crescente sull'argomento, una rilevanza che si traduce in tentativi di riforma legislativa. Il primo progetto, fallimentare come tutti gli altri, è quello di Della Rocca-Guglia dell'aprile 1894. Accogliendo la strategia adottata dalla giurisprudenza, il progetto prevede la sanzione civile della nullità del contratto e quella penale della detenzione fino a due anni nel caso di usura qualificata. Nel novembre del 1895, ci riprova l'onorevole Compans. L'art. 1 del progetto propone di punire con la detenzione fino a tre mesi e con la multa, fino a 3.000 lire, chiunque approfittando del bisogno, della leggerezza, di uno stato di sovraeccitazione, della debolezza intellettuale o dell'inesperienza altrui accordasse o prolungasse un credito, ovvero servisse da intermediario per stipulare un prestito a condizioni tali per le quali si attribuisce o si fa promettere, sotto una forma qualsiasi per se stesso o a profitto di una terza persona dei benefici materiali eccedente il tasso legale dell'interesse, di modo che i benefici risultino manifestamente sproporzionati rispetto al servizio reso. Quello di Compans è un breve progetto (6 articoli), ma con la previsione dell'inasprimento delle pene nei casi di abitualità e conferisce «al giudice il potere di ridurre ad equa misura le pretese di entrambe le parti qualora il negozio apparisse penalmente tipico»³⁶. È interessante questa apertura ai poteri del giudice, che «anticipa» la soluzione «anglo-americana», ossia il *Money-lenders Act* dell'8 agosto 1900, col quale si dava sanzione legislativa all'indirizzo giurisprudenziale, così da renderne possibile l'applicazione anche alle magistrature che non avevano i poteri delle Corti di equità³⁷.

Mentre in tutta Europa vengono reintrodotti leggi contro l'usura, in Italia, si fanno altri tentativi, con i progetti del Guardasigilli Gianturco nel novembre 1900, di Sonnino nel 1902 e di Garofalo nel 1910. Il progetto Gianturco, riprende quello di Compans, con l'obiettivo di tutelare operai e agricoltori. Viene prevista la sanzione civile, con la nullità dei patti usurari, e pure la sanzione penale: reclusione fino a 6 mesi, nei casi di usura abituale. Ma il progetto viene criticato e accantonato, perché considerato in più parti lacunoso. Anche il progetto di Sonnino, un solo articolo³⁸, non viene

³⁶ L. Violante, *Usura (delitto di)*, in «Novissimo Digesto Italiano», XX, 1975, p. 382.

³⁷ «art. 1: «se è stabilito agli occhi del tribunale che gli interessi pretesi sono eccessivi in rispetto alla somma realmente prestata, e che si tratta di una operazione onerosa e leonina o di tal natura che una Corte di equità ricuserebbe di sanzionarla», il tribunale è in facoltà di modificare le clausole del contratto riducendolo ad eque proporzioni», A. Butera, *Usura*, cit., p. 138.

³⁸ «comminava l'invalidità del contratto ogni volta che il tasso convenzionale superava della metà il saggio legale = 7,50% in materia civile e 9% in materia commerciale. Non prevedeva sanzioni penali quindi si sostanziosò nella modifica del terzo capoverso dell'art. 1831 del c.c. attribuendo al giudice la facoltà di ridurre il tasso di interesse secondo equità (senza scendere mai al di sotto del tasso legale) quando il profitto fosse risultato tanto sproporzionato da far pensare ad una inferiorità del debitore per speciale stato d'animo, per improrogabile bisogno ovvero per inesperienza», R. La Porta, *La repressione dell'usura nel diritto penale italiano*, cit., pp. 23-24.

considerato sufficiente. L'ultimo tentativo, quello di Garofalo, mira invece alla modifica dell'art. 1831 c.c. sulla falsa riga del c.c. eritreo. Il progetto conferma il principio di libertà, per cui «l'interesse convenzionale è stabilito a volontà delle parti». Però, quando l'interesse «sia in tale sproporzione con la prestazione fatta da mostrare che il creditore abbia abusato del bisogno, dell'inesperienza, dell'ignoranza o dello stato d'animo del debitore può essere ridotta a quella misura non inferiore all'interesse legale che il giudice creda equa, tenendo conto delle circostanze speciali»³⁹.

Butera osserva che il timore delle sanzioni penali non ha più lo spazio di un tempo, «ma non per questo il timore delle pene ha cessato di essere un freno salutare nella condotta degli uomini: *multi oderunt peccare mali formidine poenae*»⁴⁰. Dello stesso avviso è stato il regime fascista che prima del codice del 1931 ricorre a provvedimenti di polizia, «sicuramente illegittimi». I prefetti che agivano su sollecitazione del capo del governo «erano invitati ad applicare la diffida, l'ammonizione e il confino anche se le leggi di polizia non consentivano tali provvedimenti nei confronti degli usurai»⁴¹. Il regime, però, perseguiva uno scopo ulteriore, rispetto alla punizione dell'approfittamento della vittima, perché il soggetto attivo coincideva con un'intera «razza» da combattere, l'usuraio rappresentava «una razza che nella retorica politica del tempo praticava a livello planetario lo sfruttamento usurario di mercati e delle economie pubbliche degli Stati»⁴².

Nel 1931 il reato di usura viene infine introdotto nel codice penale, con l'art. 644. Una soluzione che, per certi aspetti, consolida il dibattito liberale⁴³, per esempio nel requisito dello sfruttamento di uno stato di bisogno del soggetto passivo, che si presume comporti un vizio di volontà. Un requisito che rimane fino alla riforma del 1996⁴⁴. Inoltre, il codice Rocco conferma

³⁹ L. Violante, *Usura (delitto di)*, cit., p. 382.

⁴⁰ A. Butera, *Usura*, cit., p. 136.

⁴¹ L. Violante, *Usura (delitto di)*, cit., p. 382.

⁴² R. La Porta, *La repressione dell'usura nel diritto penale italiano*, cit., p. 41.

⁴³ «Non è un caso che la profilazione personologica dell'autore di questo reato derivi da una considerazione di carattere professionale, dal fatto che l'usuraio era tale per l'abitudine della sua condotta alla concessione di prestiti a condizioni inique. L'usuraio veniva colpito perché nell'immaginario collettivo passava per un professionista del credito, una derivazione distorta dell'attività del mercante, del commerciante di valute, e che appariva, dunque, indispensabile qualificare il fatto di usura attraverso le caratteristiche del suo autore. Il reato riceve, alla fine, la sua legittimazione nel codice penale del 1930 per la stratificazione nella coscienza collettiva dell'immagine di un soggetto più pericoloso in sé che non per la dannosità sociale delle sue condotte», P. Troncone, *L'usura soggettiva tra le vicende del profitto iniquo. Profili dommatici e politico criminali*, Roma, Dike Giuridica, 2023, pp. 25-26.

⁴⁴ «la norma penale interviene a rafforzare la tutela civilistica per la congiuntura particolare dell'epoca in cui veniva introdotto il delitto di usura nell'ordinamento italiano, per fare fronte agli effetti economici perversi innescati dalla profonda crisi economica del 1929 e il crollo del fragile mercato del credito dell'epoca. Situazione congiunturale che farà da sfondo all'ultimo intervento del

una certa rappresentazione del soggetto attivo, caratterizzato dal disvalore sociale e morale. Innovativa è la tecnica legislativa, perché il legislatore punisce l'usura in sé, abbandonando quindi l'approccio che individuava in determinate figure di reato, e soprattutto nella pratica abituale, il delitto⁴⁵. D'altra parte, come ha rilevato Violante, il legislatore liberale era già intervenuto, sebbene su «settori di minore importanza, e che comunque non toccavano la vita commerciale del Paese [...] per riequilibrare quei negozi nei quali una parte aveva imposto all'altra condizioni particolarmente onerose»⁴⁶. Per esempio il codice della marina mercantile del 1877 sancisce che le promesse per l'assistenza al salvataggio fatte in pieno mare o al momento del sinistro, non vincolano. In ogni caso viene considerata inattendibile la promessa di mercede maggiore della tariffa fatta in momento di pericolo della nave (artt. 126-127). Violante cita anche l'esempio del c.c. eritreo, 1903, nel quale si conferisce al giudice la facoltà di ridurre o negare l'efficacia di patti contrattuali che fossero sproporzionatamente gravosi in modo da far presumere che non furono consentiti con sufficiente libertà (art. 1133). In entrambe i casi l'intervento del legislatore si giustifica con la necessità di tutelare la parte che abbia espresso la propria adesione al negozio in condizioni tali da far ritenere presente un vizio della volontà. Ed è il motivo conduttore dei progetti di legge dal 1894 al 1910.

5. *La fiducia delle fratellanze di credito contro l'usura: l'alleanza tra il lavoro e il credito*

A parte i fallimenti dei progetti di legge in Italia, praticamente tutta l'Europa liberale ha reintrodotta il reato di usura. Tuttavia, senza una reale fiducia sulla idoneità della minaccia di sanzioni penali di agire efficacemente. Per certi aspetti, sembra aleggiare un atteggiamento fatalista. L'usura viene considerata un fattore criminogeno minore, connesso «alla struttura ingiusta della società», che semplicemente «aggiunge ulteriori occasioni di sfruttamento proprio nei confronti di coloro che maggiormente vengono colpiti dal meccanismo di selezione ed emarginazione economica»⁴⁷. Il problema

1996, quando una nuova profonda crisi finanziaria mondiale imporrà al legislatore italiano di introdurre meccanismi di sorveglianza istituzionale sul mercato dei finanziamenti», ivi, p. 43.

⁴⁵ «L'epoca in cui l'usura non era prevista come reato, ma severo monito lanciato a chi si approfittasse della situazione di debolezza economica e spirituale della propria vittima, finiva per equipararla alla rapina, al furto, insomma ai reati contro il patrimonio, per segnalare un deciso disvalore comunitario seppure non ancora giuridicamente sancito», ivi, p. 31.

⁴⁶ L. Violante, *Usura (delitto di)*, cit., p. 381.

⁴⁷ M. Sbriccoli, *Il diritto penale sociale, 1883-1912*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», I, 1975, ora in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia, Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, Giuffrè, 2009, vol. II, p. 895.

riguarda gli espulsi dalla fiducia da parte del sistema, dove il ricco fa il ricco e il povero fa il povero. È nella natura delle cose, afferma Carrara, «che il povero spinto dal bisogno si arrenda e che il ricco spinto dall'avidità sprema il povero, si è ripetuto e si ripeterà in tutti i tempi come conseguenza naturale delle rispettive passioni e della reciproca situazione»⁴⁸.

«L'usura è un male odioso e deplorabile, ma contro questo male la società umana non possiede né può adottare alcun rimedio», a riprova viene fatto l'esempio del fallimento della Chiesa che oltretutto poteva fare assegnamento sulla forza della fede. Dunque il solo vantaggio di legiferare, e minacciare sanzioni penali, è far vedere «l'interesse del legislatore per certe classi sociali». L'azione del legislatore si riduce ad una risposta di propaganda, per «diffondere nel popolo l'idea che c'è nel Governo una disposizione a non farsi complice dello sfruttamento dei deboli, degli inesperti, dei bisognosi; servono anche ad appagare un sentimento generale di antipatia contro gli sfruttatori, ma non producono altro utile risultato»⁴⁹.

È interessante l'osservazione di Butera a proposito dell'esperienza belga, dove è stato reintrodotta la pena di usura. L'art. 494 del c.p. punisce con la pena del carcere fino ad un anno e con l'ammenda fino a diecimila lire, chiunque presti per abitudine danaro, sotto qualsiasi forma a un lucro eccedente l'interesse legale abusando della debolezza e delle passioni del debitore. Tuttavia, andando a verificare l'efficacia della minaccia e della repressione penale, si scopre che dal 1886 al 1906 solo 36 erano stati accusati del reato di usura. Davvero poca cosa, che però trova una spiegazione. Certamente ha inciso la «florida consistenza economica del paese», ma c'è un'altra particolarità di rilievo. In Belgio, hanno avuto un ruolo decisivo nella lotta contro l'usura rurale «le casse a tipo Raiffeisen», queste costituiscono «un meraviglioso sistema di prevenzione»⁵⁰. In buona sostanza, si tratta del sistema di credito mutualistico. 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 fiducia⁵¹.

⁴⁸ F. Carrara, *Programma del corso di diritto criminale, Parte speciale, ossia esposizione dei delitti in specie con aggiunta di note per uso della pratica forense*, cit., § 2382, p. 554.

⁴⁹ A. Butera, *Usura*, cit., p. 135.

⁵⁰ Ivi, p. 137.

⁵¹ L'incipit del libro di Viganò, dedicato non a caso a Schulze Delitzsch, assimila il credito alla fiducia: «una persona ideale o reale proprietaria di un capitale che non può o non vuole impiegare, lo impresta ad un'altra, onde lo adoperi nel soddisfacimento de' propri bisogni, non è sentimento o idea di vecchia data: tale fiducia si chiama credito», F. Viganò, *Le Banche popolari, ovvero Banche in generale – Monti di pietà – Casse di risparmio – Banche di Scozia – Associazioni di prestiti d'onore*

Oltre il fattore culturale, e ambientale, c'è senz'altro un oggettivo impedimento sociale che interessa una massa di persone. «Le nostre Banche», scrive tra gli altri Luzzatti, «sono aperte ai ricchi negozianti, ma il varco è chiuso ai proprietari di più modeste fortune ed a tutti quelli che hanno per unico capitale il lavoro delle loro braccia»⁵².

Luzzatti polemizza con quegli economisti per i quali «il credito bisogna meritarlo». E merita «chi possiede», chi ha la fortuna di poter dare garanzia di restituzione delle somme prestate, mentre «i poveri non lo meritano, perché non potrebbero dare in ipoteca che il loro lavoro, il loro onore; ora il commercio non conosce questa ipoteca; la legge, non l'ha mai contemplata»⁵³.

Luzzatti evoca proprio gli esempi del Belgio e della Germania, dove le banche fondano sul principio dell'associazione, «in tal guisa che rovesciano l'ordinario concetto delle nostre Banche. Gli istituti attuali sono una riunione di capitalisti che fanno prestiti a chi ne abbisogna, quelli invece di cui ora parliamo sono Banche costituite per ricercarli; le prime insomma offrono il credito, le seconde lo domandano»⁵⁴. Inoltre, l'accesso al credito viene agevolato da sodalizi che si fanno credito a vicenda. Il funzionamento, osserva Luzzatti, somiglia a quello di «una società di mutuo soccorso, in cui i membri non si propongono per iscopo il sussidio per malattia o la pensione in casi di vecchiaia, ma il prestito di denaro quando ne abbiano bisogno»⁵⁵.

In Germania danno una buona prova le *Volksbanken* ideate da Hermann Schulze-Delitzsch e le *Darlehns-Kassenvereine* di Friedrich Wilhelm Raiffeisen. Due modelli sostenuti polemicamente in contrapposizione da Luigi Luzzatti e Alessandro Rossi⁵⁶. Si tratta di «due diverse interpretazioni di solidarietà e reciprocità: una principalmente etica, teorizzata e, in una certa misura, realizzata nel modello Raiffeisen»; l'altra, preferita da Luzzatti, laica e «più legata all'interesse individuale temperato dalla responsabilità sociale, tipico del modello Schulze Delitzsch»⁵⁷. Entrambe adottano una visione

agli operai – Società di anticipazione di Prussia e germaniche – la cooperazione inglese – Banche dell'avvenire pelle classi medie, pegli artisti e letterati, Milano, Tip. di D. Salvi e Comp., 1862, p. 2.

⁵² L. Luzzatti, *La diffusione del credito e le Banche popolari*, Padova, Libreria Sacchetto, 1863, p. 49.

⁵³ Ivi, p. 4.

⁵⁴ Ivi, p. 60.

⁵⁵ Ivi, p. 61.

⁵⁶ L'imprenditore tessile, Rossi, ha promosso attivamente il modello Raiffeisen tanto da suscitare l'interesse anche di Giuseppe Toniolo, G. Zalin, *Nascita e sviluppo della cooperazione di credito nelle province venete nel secondo Ottocento e nel primo Novecento*, in «Storia economica», XVII, 2014, n.1, pp. 258-259. Sui due modelli, Raiffeisen e Schulze-Delitzsch cfr., S. Goglio, A. Leonardi, *Le radici del credito cooperativo sotto il profilo teorico e storico*, Working Papers, N.011 | 10, 2010 <https://euricse.eu/wp-content/uploads/2015/03/1286369555_n1302.pdf>, agosto 2024.

⁵⁷ S. Goglio, A. Leonardi, *Le radici del credito cooperativo sotto il profilo teorico e storico*, cit., p. 2.

dell'economia come scienza «capace di ispirare azioni dirette al miglioramento delle condizioni degli uomini»⁵⁸.

Il mutualismo di Raiffeisen viene considerato particolarmente indicato per il credito agrario. Nelle campagne si finisce spesso nella trappola dell'usura «vorace ed insaziabile», e dove però «la continua vita quasi in comune aveva conservato, benché latente, se non lo spirito d'associazione, certo quella concorde unità, mantenuta all'ombra del proprio campanile, che è l'elemento più necessario alla diffusione dell'opera di Raiffeisen»⁵⁹.

A proposito delle associazioni di Schulze Delitzsch, le difficoltà che ne ostacolano la realizzazione risiedono nella capacità economica delle famiglie, «I poveri operai che hanno molta famiglia e piccoli guadagni difficilmente potranno godere i benefici del credito in tal modo organato». I più poveri riescono a fatica ad iscriversi alle associazioni di mutuo soccorso, «non possono certo partecipare ad una di queste banche popolari». Diversa è la situazione degli «operai agiati, i lavoratori indipendenti, come la molteplice famiglia dei muratori, legnaiuoli, minutanti ecc. sono invitati dalla loro stessa condizione a riprodurre in Italia il tipo delle unioni tedesche. Esclusi dalle grandi banche, quando hanno bisogno di denaro, devono ricorrere a tutti coloro che esultando della loro infelice condizione se ne giovano per torturarli a capriccio secondo che l'avidità li consiglia»⁶⁰. Luzzatti non critica il principio economico del libero mercato, e neanche degli interessi, quanto piuttosto l'assenza di strumenti adeguati a dare effettivo e generalizzato accesso al mercato. La libertà astratta va accompagnata dal mutuo soccorso: «sorgano nello stesso tempo le fratellanze di credito popolano onde i poveri s'affranchino finalmente dal gravoso intervento di quei sordidi prestatori, i quali, si conservino o si abroghino le leggi sull'usura, dureranno pur sempre sinché una buona ed opportuna istituzione non li renda inutili»⁶¹. Non basta, però, affrancarsi dagli usurai, occorre affrancarsi anche dalla beneficenza pubblica e privata.

La libertà che ha in mente Luzzatti, costituzionalista⁶², è quella espressa nelle cornici costituzionali dell'Inghilterra e della «piccola Inghilterra», cioè

⁵⁸ G. Romano, *Dalla Volksbank alla banca popolare: origini del dibattito su "forma" e "sostanza" di un istituto controverso*, in «IANUS», 9, 2013, p. 166.

⁵⁹ G. Micheli, *Le Casse rurali italiane. Note storiche – statistiche con appendice sulle banche cattoliche d'Italia*, Parma, La Cooperazione Popolare, 1898, p. V.

⁶⁰ L. Luzzatti, *La diffusione del credito e le Banche popolari*, cit., p. 114.

⁶¹ *Ibidem*, p. 114.

⁶² Cfr., L. Luzzatti, *Lezioni di diritto costituzionale. Università di Roma 1908-1909*, raccolte da Riccardo Ventura. Introduzione di Michele Ainis, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2016; M. Galizia, *Gli esordi di Luigi Luzzatti negli studi di diritto costituzionale*, in «Il Politico», Gennaio-Marzo 2000, vol. 65, n. 1 (192), pp. 5-28; si vedano anche: V. Zamagni, *Luzzatti, Luigi*, in *Il Contributo italiano alla storia del Pensiero – Economia*, Treccani, 2012 <https://www.treccani.it/enciclopedia/luigi-luzzatti_%28Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Economia%29/>, agosto 2024;

il Belgio: «se si consideri la libertà non già nei costumi, in cui l'Inghilterra è maestra, ma nelle leggi e nelle istituzioni, il Belgio si può dire una piccola Inghilterra [...] La sua costituzione è un sublime modello, un poema di libertà; nessuna assemblea costituente scrisse uno Statuto più equo che consacrasse nella legge quasi tutti i santi principj del diritto pubblico moderno. Dalla stampa libera al libero insegnamento, discorrendo la Costituzione belga, lo spirito s'inebbria del più voluttuoso profumo di democrazia»⁶³.

L'«ossessione» per l'usura è anche una faccenda personale per l'ebreo veneziano⁶⁴. Nell'aprile del 1863, a ventidue anni e pochi mesi prima della laurea con una tesi proprio sul mutuo soccorso e le banche popolari⁶⁵, Luzzatti tiene a Venezia due lezioni, nelle quali propone di fondare una società di mutuo soccorso con lo scopo di abbattere l'usura e agevolare l'accesso al credito da parte della piccola borghesia di commercianti e i salariati⁶⁶.

Le sanzioni penali non funzionano contro l'usura. Occorrono, invece, informazione e formazione, soprattutto per i contadini, per spingerli verso un rinnovamento anche tecnologico: «Il contadino maneggiava ancora il vomere e l'aratro dei suoi remoti antenati servi della gleba», ma occorre «forzarlo ad accettare i nuovi strumenti che si erano fatti nell'Inghilterra e nel Belgio»⁶⁷.

Quella del mutuo soccorso vuole essere una strategia volta a rendere sterile il mercato dell'usura, creando l'alleanza tra il lavoro e una nuova forma di credito. Non si tratta di promuovere il credito sul lavoro, una dottrina che per Luzzatti non ha la capacità di migliorare le condizioni economiche e morali, ma «la mutualità del credito sull'esempio germanico»⁶⁸. La leva è la fiducia reciproca, il carattere essenziale del mutuo soccorso, perché occorre «che vi sia fra tutti i soci reciproca stima e fiducia: da ciò la massima di non ammettere persone che non siano di buoni costumi, e di escludere quei soci che abbiano commesso azioni disonorevoli»⁶⁹.

P.L. Ballini, P. Pecorari (a cura di), *Luigi Luzzatti e il suo tempo. Atti del Convegno internazionale di studio (Venezia, 7-9 novembre 1991)*, Venezia, Istituto Veneto di Scienze Lettere ed Arti, 1994.

⁶³ L. Luzzatti, *La diffusione del credito e le Banche popolari*, cit., pp. 70-71.

⁶⁴ L. Luzzatti, *Memorie, vol.I (1841-1876)*, Bologna, Nicola Zanichelli, 1931, p. 113.

⁶⁵ Ivi, pp. 98-99.

⁶⁶ L. Luzzatti, *La diffusione del credito e le Banche popolari*, cit., 1863.

⁶⁷ L. Luzzatti, *Memorie, vol.I (1841-1876)*, cit., p. 72.

⁶⁸ L. Luzzatti, *Introduzione*, in Hermann Schulze-Delitzsch, *Delle unioni di credito ossia delle banche popolari*. Tradotto per cura dei dottori A. Pascolato e R. Manzato, con Introduzione del Prof. L. Luzzatti, Venezia, Tipografia del Commercio di Marco Visentini, 1871, p. 23.

⁶⁹ U. Gobbi, *Le società di mutuo soccorso*, Lodi, Società Editrice Libreria, 1909², p. 162.

6. *Self-interest e self-help*

Il fenomeno dell'associazionismo mutualistico ottocentesco è stato letto preferibilmente nel quadro della storia del movimento operaio, un osservatorio che ha avuto il grande merito di aver preservato la storia del mutualismo⁷⁰. Tuttavia, ha offuscato «alcuni aspetti tipici dell'associazionismo mutualista», ossia la «dimensione economica e sociale»⁷¹ e, si può aggiungere, quella giuridica⁷².

Occorre, tuttavia, un rinnovato approccio all'associazionismo mutualistico affrancato dai canoni dell'economia classica, per cui «il comportamento umano, sia esso individuale o strategico, si incentra su ciò che Francis Y. Edgeworth ha definito il “primo principio dell'economia”: “ogni agente è mosso esclusivamente dal suo interesse personale (*self-interest*)”». Questo è il principio comportamentale dell'*homo œconomicus* «un massimizzatore dell'utilità, razionale ed egoista»⁷³. Il «paradigma basato sull'ipotesi di comportamento razionale auto-interessato di massimizzazione dell'utilità», deve essere completato con «l'ipotesi di comportamento reciprocante. Il calcolo utilitaristico che guida le decisioni degli individui e di conseguenza delle organizzazioni, al di là dei limiti conoscitivi e di razionalità, è influenzato dai legami con più comunità, da considerazioni di reciprocità che possono avere radici morali, consuetudinarie ed emotive, da considerazioni di potere o espressive della personalità»⁷⁴.

La domanda è se il *self-interest* possa coincidere con il *self-help*. Certamente, il *self-help* in una certa traduzione in italiano, e francese⁷⁵, rimanda

⁷⁰ Importante è il lavoro di D. Marucco, *Mutualismo e sistema politico. Il caso italiano (1862-1904)*, Milano, Franco Angeli Editore, 1981.

⁷¹ L. Tomassini, *Il mutualismo nell'Italia liberale (1861-1922)*, in *Le società di mutuo soccorso italiane e i loro archivi. Atti del seminario di studio Spoleto, 8-10 novembre 1995*, Roma, Ministero per i beni e le attività culturali, 1999, p. 15; cfr., anche M. van der Linden (ed. by), *Social Security Mutualism. The Comparative History of Mutual Benefit Societies*, Bern, Peter Lang, 1996. Vedi anche M. van der Linden (ed.), *Social Security Mutualism. The Comparative History of Mutual Benefit Societies*, Bern, Peter Lang, 1996; V. Zamagni, *Povert  e innovazioni istituzionali in Italia dal Medioevo ad oggi*, Bologna, il Mulino, 2000; M. Dreyfus, *Mutualit  et coopération : une histoire par trop m connue*, in «Cahiers d'histoire. Revue d'histoire critique», 133/2016, p. 1, <<https://journals.openedition.org/chrhc/5470>>, agosto 2024.

⁷² Su questo e altri profili rinvio ad una monografia di prossima pubblicazione dal titolo *Libert  di associazione, mutualismo e solidariet : strategie democratiche di governo del cambiamento tra Otto e Novecento*, per i caratteri Eum dell'Universit  di Macerata.

⁷³ E «Quando i comportamenti osservati appaiono difficilmente conciliabili con la massima del *self-interest*, perch  “apparentemente” non egoistici, vengono generalmente poste in essere strategie indirette che prendono in considerazione ragioni strumentali quali, ad esempio, considerazioni di lungo periodo o inerenti alla formazione di una reputazione tendenti quindi a sacrificare l'interesse di breve periodo per massimizzare quello di lungo periodo», V. Pelligra, *I paradossi della fiducia. Scelte razionali e dinamiche interpersonali*, cit., p. 43.

⁷⁴ S. Goglio, A. Leonardi, *Le radici del credito cooperativo sotto il profilo teorico e storico*, cit., p. 6.

⁷⁵ «Alors que l'anglais traduit parfaitement cette notion par *self-help*, le diction “Aide-toi, le ciel

ad una visione paternalista e individualistica: “aiutati che il ciel t’aiuta”⁷⁶. Tuttavia, c’è un’ampia letteratura di giuristi ed economisti che dà tutt’altra accezione al *self-help*, perché la pur imprescindibile dimensione individuale è posta necessariamente in relazione con l’appartenenza ad un corpo intermedio. È il *self-help* degli economisti inglesi che hanno fatto dell’associazionismo uno strumento di emancipazione dalla beneficenza delle componenti deboli della società in un contesto di mercato capitalistico. La leva dell’accesso al credito è un tassello, fondamentale, di una visione del mercato libero, basato sulla cooperazione e non sull’interesse individualistico: «la banca popolare non deve essere che una delle varie manifestazioni del principio cooperativo, che s’inizia nei modesti consorzi di mutuo soccorso, si elabora col credito mutuo e coi sodalizi di consumo, e si perfeziona colle società cooperative di produzione»⁷⁷.

Non si può negare un certo atteggiamento prevenuto nei confronti del mercato, e del credito. «L’attività di un usuraio che sovraccarica i suoi debitori di interessi appare, sotto un certo punto di vista, come una violazione dell’obbligo a essere umani con gli altri»⁷⁸ ma, afferma pure Sen, è un pregiudizio che non tiene conto dell’importante ruolo sociale svolto dall’attività finanziaria. Eppure, chi trae guadagno dal denaro stesso e non dal sudore o dall’ingegno, evoca ai più il settimo cerchio dell’inferno di Dante. È il pensiero, frainteso⁷⁹ di Aristotele, ribatterebbe Sen, che ha convinto anche Marx: «che sia innaturale ottenere un guadagno dal *prestare* denaro, perché il prestare denaro non è di per sé un’attività creativa, anche se attività creative possono essere svolte utilizzando risorse acquistate *con* il denaro. Ma non è questa sottile distinzione, bensì la tesi semplificata, – ‘l’usura è un innaturale figliare denaro dal denaro’ – che è stata tante volte ripetuta nelle analisi dell’usura che si presumevano aristoteliche»⁸⁰. Gli operatori economici hanno goduto per secoli di cattiva fama, perché ha prevalso l’idea di mercato «dove una parte si arricchisce a spese dell’altra», e dunque dove ap-

t’aidera” qui sert souvent à l’exprimer en français, n’en rend compte que partiellement», A. Gueslin, *Le Crédit Mutuel. De la Caisse rurale à la Banque sociale*, Strasbourg, Éditions Coprur, 1982, p. 55.

⁷⁶ Così viene tradotto il *best seller* di Samuel Smiles, *Self-Help*, dalla Collana *Cose utili e poco note* per la «Biblioteca utile» della Treves, nel 1865 da Gustavo Strafforello *Chi si aiuta Dio l’aiuta*, cfr., M. Stronati, *Il paradigma del self-help: il rapporto tra capitale e lavoro nell’associazionismo mutualistico dell’Ottocento*, in L. Cerasi (a cura di), *Le libertà del lavoro. Storia, diritto, società*, Palermo, Edizioni Sislav-New Digital Frontiers, 2016, pp. 53-73, <<https://unipapress.com/book/le-libert-del-lavoro-storia-diritto-societ/>>, agosto 2024.

⁷⁷ L. Luzzatti, *Introduzione*, in Hermann Schulze-Delitzsch, *Delle unioni di credito ossia delle banche popolari*, cit., p. 44.

⁷⁸ A. Sen, *Denaro e valore: etica ed economia della finanza*, Roma, Banca d’Italia, 1991, p. 88 e p. 30, <https://www.bancaditalia.it/pubblicazioni/lezioni-baffi/pblecture-01/1_Vol_1_Denaro_e_valore_Etica_econ.pdf>, agosto 2024.

⁷⁹ Ivi, pp. 32 ss., p. 62.

⁸⁰ Ivi, p. 93 e p. 34.

pare «necessario tutelare la parte debole, restringere l'area degli scambi e poi guardare con grande diffidenza etica mercanti e banchieri. I divieti religiosi del prestito ad interesse hanno solo rafforzato una negatività che c'era già»⁸¹. In realtà, il mercato è «un 'gioco a somma positiva'», perché «basato sui contratti, che quando si svolgono nella libertà rivelano la natura di mutuo vantaggio delle parti»⁸².

Il principio del libero contratto è fondamentale, tuttavia «è preoccupante osservare quanto i suoi contorni siano mal definiti e ambigui. Per esempio, dal momento che fa riferimento al concetto della scelta volontaria, per usarlo appropriatamente bisogna prima capire che cosa è una scelta "volontaria", e di conseguenza anche che cosa rappresenta una coercizione. E nella scienza economica questi due concetti non sono definiti in modo granché accurato. È paradossale che mentre filosofi e giuristi discutono e analizzano questi concetti e dibattono sulla validità del principio del libero contratto, nella nostra disciplina, che pure si fonda in buona parte su tale principio, se ne parli così poco. Tutto questo ha provocato una grande confusione dal punto di vista delle politiche adottate»⁸³.

Da una parte c'è chi sostiene la "magia del credito", come il negoziante Giuseppe de Welz: «*chi ha il talento di contrarre debiti, possiede l'arte di divenir ricco*»⁸⁴. D'altra parte c'è chi invita alla prudenza, non solo perché l'effettiva libertà di contrattazione è ormai messa in discussione, ma anche perché il miracolo della moltiplicazione dei pani e dei pesci «È la eterna illusione sulla magia del credito»⁸⁵. Ancora una volta, è l'Inghilterra il punto di riferimento, dove si fa il miglior uso del credito «gli anglosassoni, sono quelli che non ne rimpiccioliscono il valore vero, o non lo esagerano fuori d'ogni

⁸¹ L. Bruni, *La terra del noi/6. La profezia di un mercato di sola fiducia*, in «Avvenire», 28 ottobre, 2023 <<https://www.avvenire.it/opinioni/pagine/la-profezia-di-un-mercato-di-sola-fiducia-d851ffddc3c841328211e85177b2b1d6>>, agosto 2024.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ K. Basu, *Oltre la mano invisibile: Ripensare l'economia per una società giusta*, Edizione del Kindle, Bari, Laterza, 2013.

⁸⁴ G. de Welz, *La magia del credito svelata: istituzione fondamentale di pubblica utilità da Giuseppe de Welz, offerta alla Sicilia ed agli altri stati d'Italia*, Napoli, Nella Stamperia Francese, 1824, vol. I, p. I. Il libro, in realtà, potrebbe essere di Francesco Fuoco (1774-1841), allievo di Antonio Genovesi. Fuoco, scrive Luigino Bruni, «oggi dimenticato nella sua stessa patria, fu un autore estremamente originale, a tratti geniale. Sacerdote, rivoluzionario partenopeo del 1799, pedagogista, matematico, fisico, geografo latinista e filologo nella prima fase della sua attività, divenne poi economista in seguito al suo confino politico francese (1821-23), dove studiò con il grande economista Jean Baptiste Say. In questa fase francese iniziò la sua complicata collaborazione con l'uomo d'affari comasco Giuseppe de Welz, per il quale scrisse, forse per necessità economiche, le sue prime opere di economia e finanza (che uscirono a firma del de Welz: una controversia di attribuzione ancora non del tutto risolta)», L. Bruni, *La terra del noi/6. La profezia di un mercato di sola fiducia*, cit.

⁸⁵ L. Luzzatti, *Gli Istituti di credito agrario in Italia*, in «Giornale degli Economisti», Vol. 3, n. 3, giugno 1876, p. 214.

proporzione e misura. Il credito è un mezzo; e la sua efficacia è in relazione col fine che si deve conseguire»⁸⁶. Il problema della circolazione del denaro con l'usura è che genera un guadagno a partire dal denaro stesso e non dal suo utilizzo, così che il denaro diventa il fine e non il mezzo. Diverso appare il prestito agrario, «quello che più si avvicina alla creazione della ricchezza, se il credito abbia davvero la virtù di creare qualche cosa»⁸⁷.

La soluzione, sia alla effettiva libertà contrattuale, sia al credito come fattore di crescita, viene indicata nelle «fratellanze di credito», queste a differenza della Cassa di risparmio, che mette «a frutto il denaro del povero per mutuarlo al ricco», sottraggono i popolani e i piccoli industriali non solo all'usura ma anche ai monti di pietà⁸⁸.

Questa idea di economia, come sapere sociale, rifiuta le astrattezze e mostra la massima attenzione alla dimensione empirica⁸⁹. Il metodo, dunque, è eclettico⁹⁰. Per esempio Emilio Morpurgo⁹¹ coglie i limiti dell'eccessiva astrazione della scienza, soprattutto quando si tratta della scienza economica che ha ad oggetto la pubblica economia: «Le dottrine esagerate e le astrazioni in questa scienza sono imperdonabili; convien meditare sui fatti sociali quali

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ L. Luzzatti, *Prefazione*, in N.M. Fovel, *Il credito agrario in Italia*, Bologna, Zanichelli, 1909, p. VIII.

⁸⁸ «Il libro di Schulze – Delitzsch, [...] dichiara e riassume tutti i principi, che governano in Germania le fratellanze di credito mutuo, le quali hanno sottratto i popolani ed i piccoli industriali alle sovvenzioni dell'usura e del monte di pietà, ammettendoli ai benefici del credito distribuito e disciplinato con norme liberali e sapienti», L. Luzzatti, *Introduzione*, in Hermann Schulze-Delitzsch, *Delle unioni di credito ossia delle banche popolari*, cit., p. 9.

⁸⁹ La posizione di Luigi Luzzatti è per certi aspetti conservatrice, perché non aderisce al puro liberismo del *laissez faire, laissez passer*, quanto piuttosto alla scuola veneta di impronta romagnosiana, per cui è centrale una scienza dell'economia che svolga un'importante funzione economico-sociale, che incida sull'incivilimento dell'assetto giuridico ed economico con una effettiva ricaduta sulla vita dei cittadini. Anche il metodo scientifico, eclettico, conferma un approccio basato sull'osservazione dei fatti per realizzare riforme progressiste. Cfr., R. Romani, *Romagnosi, Messedaglia, la "Scuola Lombardo-Veneta": la costruzione di un sapere sociale*, in «Quaderni di storia dell'economia politica», vol. 6, n. 2, 1988, pp. 105-145; L. Lacchè, *Il canone eclettico. Alla ricerca di uno strato profondo della cultura giuridica italiana dell'Ottocento*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 39, 2010, p. 206, <<http://www.centropgm.unifi.it/cache/quaderni/39/0155.pdf>>, agosto 2024.

⁹⁰ Cfr., L. Lacchè, *Il canone eclettico. Alla ricerca di uno strato profondo della cultura giuridica italiana dell'Ottocento*, cit.

⁹¹ Morpurgo dal 1863 collabora al periodico della società, *Il Raccoglitore*, pubblicandovi due interventi sul progetto di istituire a Padova alcune società di mutuo soccorso, che realizza nel settembre 1867, quando diventa presidente della Società di mutuo soccorso degli artigiani, negozianti e professionisti di Padova. Gli studi su questi temi gli offrirono l'occasione per entrare in contatto con i coetanei Fedele Lampertico e Luigi Luzzatti, entrambi come lui impegnati nella promozione delle istituzioni mutualistiche e del credito popolare, nonché per rinsaldare i rapporti con Angelo Messedaglia, che aveva conosciuto come docente di economia politica all'università, G. Favero, *Emilio Morpurgo*, in «Dizionario Biografico degli Italiani», Volume 77, 2012, <[https://www.treccani.it/enciclopedia/emilio-morpurgo_\(Dizionario-Biografico\)](https://www.treccani.it/enciclopedia/emilio-morpurgo_(Dizionario-Biografico))>, agosto 2024.

l'occhio indagatore li ravvisa, non già quali potrebbero apparire e le utopie dei dotti, per quanto sforzo d'ingegno racchiudano, sono oltremodo nocive perchè presentano allo sguardo la società sotto una luce non vera». L'unico approccio metodologico corretto è quello eclettico: «La utilità dell'eclettismo nelle materie economiche», scrive Morpurgo, «non sarà mai abbastanza conosciuta»⁹².

La “formula” del *self help* mutualistico si colloca, dunque, tra la visione classica, che si affida all'auto-interesse dei privati nel promuovere anche gli interessi della collettività e la visione che inizia ad affermarsi dagli anni Ottanta dell'Ottocento, della fiducia nello Stato⁹³ che attraverso la regolazione normativa e la coercizione, contempera interessi individuali e collettivi. Il mutuo aiuto è lo strumento che consente di accedere non solo al 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.

7. *Obbedienza e osservanza*

Il credito/fiducia del mutuo soccorso è condizionato dalla garanzia che il comportamento del singolo non metta in pericolo l'associazione. Il “disciplinamento” è dunque una esigenza imprescindibile, perché le associazioni di mutuo soccorso necessitano di prevedibilità dei comportamenti a garanzia dei bilanci, presupposto indispensabile affinché possa funzionare il meccanismo per cui «la mia affidabilità è frutto della tua fiducia»⁹⁴. Dal punto di vista dell'osservatore economico, preminente è la tenuta dei bilanci e dunque sono apprezzate le associazioni che prevedono negli statuti i contributi di soci sovventori. Un approccio individualista, tuttavia, non è sufficiente per comprendere pienamente il mutuo soccorso. Anzi, l'approccio dell'economia neoclassica è incapace

di riconoscere che un individuo generalmente è pronto ad accettare qualche perdita personale per servire gli interessi del gruppo o della comunità a cui appartiene. Questo riconoscimento si va a interporre tra la funzione di utilità di un individuo (quella che misura il benessere dell'individuo) e il suo massimando (quello che l'individuo cerca

⁹² E. Morpurgo, *Il proletariato e le società di mutuo soccorso studio sociale*, Padova, Co' Tipi di A. Bianchi, 1859, p. 13.

⁹³ Cfr., M. Stronati, *Il socialismo giuridico e il solidarismo*, in «Enciclopedia Italiana di Scienze, Lettere ed Arti. Il contributo italiano alla storia del pensiero», ottava appendice, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani, 2012, pp. 405-412, <https://www.treccani.it/enciclopedia/il-socialismo-giuridico-e-il-solidarismo_%28Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto%29/>, agosto 2024.

⁹⁴ V. Pelligra, *I paradossi della fiducia. Scelte razionali e dinamiche interpersonali*, cit., p. 11.

di massimizzare), e apre la possibilità di un comportamento basato sull'identità, che è comunissimo nella realtà, ma sfugge alla lente degli economisti, troppo concentrati sull'individualismo metodologico⁹⁵.

A ben vedere, il mutuo soccorso conferma il principio dell'auto-interesse, cioè l'interesse individuale a socializzare i rischi, tuttavia è difficile sostenere che l'istinto individualista esaurisca le ragioni dell'adesione ad una associazione di mutuo aiuto. 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 Statuti⁹⁶. 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. In altre parole, l'adesione ai "valori" del mutuo soccorso, è un atto di «osservanza» e non di «obbedienza», cioè «una accettazione non interamente passiva della regola ma venata da nervature psicologiche di convinzione e, quindi, anche di consapevolezza»⁹⁷. La storiografia sul mutualismo associativo ha adottato una limitata chiave di lettura, peraltro suggerita dai giuristi⁹⁸. Abbiamo lasciato intendere che sia diritto solo il prodotto del legislatore, come formalmente esige l'ordine giuridico borghese. Tuttavia, è una visione distorta, che assolutizza la dimensione giuridica prodotta dagli apparati statali⁹⁹, cioè la legge con il suo carattere di comando corredato da una sanzione.

A ben vedere, le sanzioni, pure previste negli Statuti delle società di mutuo soccorso, sono inserite per necessità di forma e solo marginalmente considerate essenziali nella relazione tra soci. Non è la minaccia di sanzione a disciplinare i comportamenti, quanto l'adesione a valori condivisi, perché il mutuo soccorso è una forma di solidarietà che mette al centro l'individuo e si basa sulla fiducia e sulla responsabilità dei singoli che agiscono come parte di una comunità¹⁰⁰. È un carattere costante della pratica mutualista, che fin

⁹⁵ K. Basu, *Oltre la mano invisibile: Ripensare l'economia per una società giusta*, cit.

⁹⁶ Cfr., 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.

⁹⁷ P. Grossi, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 17.

⁹⁸ «non ci siamo accorti che la statualità era un prodotto storico contingente, l'abbiamo assolutizzata e abbiamo assolutizzato una nozione di diritto assai relativa sia sotto il profilo temporale (frutto del moderno) sia sotto quello spaziale (Europa continentale)», *ivi*, p. 20.

⁹⁹ «con l'inserimento – avvenuto nel corso della modernità – del diritto nell'apparato di potere più perfezionato, ossia nello Stato, dietro l'incubo parossistico dell'ordine pubblico, il diritto si è visto sostanzialmente stravolto nella sua natura e funzione originarie e chiamato a svolgere il ruolo di apparecchio ortopedico del potere politico, di controllo sociale», *ibidem*.

¹⁰⁰ «Gli economisti normalmente considerano la tutela e l'applicazione dei contratti un compito specificamente riservato allo Stato. È vero che lo Stato gioca un ruolo importante da questo punto

dalle origini si basa «sur certains invariants de nature éthique que l'on appellerà "valeurs" (solidarité, responsabilité individuelle, égalité) et d'autres de nature fonctionnelle ou "principes" (fonctionnement démocratique, liberté d'adhésion, absence de but lucratif)»¹⁰¹.

Quello del mutuo soccorso è anzitutto un paradigma che contraddice l'idea della modernità del sistema hobbesiano in cui «la fiducia reciproca trova la sua ragione non tanto nell'affidabilità altrui, quanto nella paura del Leviatano e delle pene connesse alle violazioni delle leggi»¹⁰². Lo Stato "moderno" ha spazzato via una millenaria tradizione che pensava l'uomo «come soggetto benevolo, socievole e plurale: persino i risultati della ricerca scientifica consolidano quest'idea, come nel caso dei neuroni specchio e delle relative inferenze sull'empatia connaturata all'essere umano. Nonostante questo, la genealogia del potere moderno e contemporaneo è debitrice in misura maggiore alle parole di Thomas Hobbes, il più spietato e lucido tra i pensatori della modernità»¹⁰³.

Il problema dell'ordine giuridico "borghese" è che non può riconoscere giuridicamente l'esistenza di corpi intermedi, né la solidarietà che questi esprimono. Per l'ordine giuridico borghese la solidarietà è un "mero" fatto, che dunque va ignorato anche se genera diritto¹⁰⁴. L'amicizia, la socievolezza, le emozioni¹⁰⁵, «The values of fraternity, friendship and mutual aid, [...] received little attention in modern learned thought. Perhaps this was because they were considered too bound up with emotion: after Kant and Bentham spontaneous human feeling was thought an unsafe guide in moral questions.

di vista, ma è molto più importante l'esistenza di una "cultura della fiducia", che consenta di fare affidamento sulla parola altrui semplicemente perché questa è la norma sociale e la gente la rispetta istintivamente. L'importanza è data dal fatto che ci sono così tante occasioni in cui abbiamo la necessità di poterci fidare della parola altrui che non è semplicemente fattibile firmare ogni volta un contratto e poi rivolgersi ai tribunali per farlo applicare. Aggiungiamo che la tutela dei contratti affidata a mezzi naturali – le norme sociali o l'adesione istintiva alla cultura della fiducia – è molto più economica della tutela affidata a terzi. Non viene riconosciuto a sufficienza che una delle precondizioni per lo sviluppo sono proprio queste regole di fiducia. Lo Stato è centrale in tutto questo, perché spesso finisce per giocare un ruolo negativo», K. Basu, *Oltre la mano invisibile: Ripensare l'economia per una società giusta*, cit.

¹⁰¹ P. Toucas, *La vertueuse mutualité: des valeurs aux pratiques*, in «Vie sociale», 2008/4 N° 4, p. 28 ; vedi anche Id., *Histoire de la mutualité et des assurances. L'actualité d'un choix*, Paris Syros, 1998.

¹⁰² V. Pelligra, *I paradossi della fiducia. Scelte razionali e dinamiche interpersonali*, cit., p. 51.

¹⁰³ P. Del Soldà, *Sulle ali degli amici: Una filosofia dell'incontro*, Venezia, Marsilio, Edizione del Kindle, 2020, pp. 93-94.

¹⁰⁴ Cfr., M. Stronati, *Il mutuo soccorso tra storia e storiografia, ovvero ripensare il diritto di associazione*, in «Giornale di Storia costituzionale», 39/I, 2020, sp. pp. 294 ss.

¹⁰⁵ Cfr., M. Stronati, *La crisi della giustizia legalistica: il caso del "buon giudice" Raffaele Majetti (1860-1930)*, in A.A. Cassi, E. Fusar Poli (a cura di), *History & Law Encounters. Lezioni per pensare da giurista*, Torino, Giappichelli, III, pp. 99-122.

Perhaps it was because the classes which produced most of the philosophers felt no need of them»¹⁰⁶.

L'amicizia, come la concordia, hanno avuto un ruolo fondamentale nelle comunità, nel legame tra eguali e come fonte di giustizia. Tuttavia, si trovano rovesciati nel pensiero moderno: «la giustizia, d'ora in avanti, coniugata in termini di legalità, causa e fonda il legame di cittadinanza, non più classificabile sotto il segno dell'amicizia, ma collocabile piuttosto sotto il peso della paura»¹⁰⁷. In buona sostanza, si è passati dall'osservanza all'obbedienza. Ora, la sanzione e la coercizione determinano rigidamente i confini di ciò che è giuridico, espungendo «del tutto la responsabilità e l'affidamento reciproco – in una parola, la fiducia – dal modo di pensare il diritto»¹⁰⁸.

Nel contesto dell'ordine giuridico nuovo, le associazioni di mutuo soccorso sembrano corpi estranei difficili da governare, sempre sul filo della illegalità per i governi di tutta Europa, e non solo¹⁰⁹.

8. *Il mutuo soccorso come sostitutivo penale*

La diffidenza nei confronti della libertà di associazione¹¹⁰ è nell'indole dell'ordine giuridico liberal borghese, che «riflette un'idea di sovranità e uno stile di pensiero che hanno a che fare con la razionalità del governo di soggetti dotati di autonomia morale e piena capacità decisionale e che esclude, in tutto o in parte, le non-soggettività o soggettività altre da sottoporre a dispositivi disciplinari»¹¹¹. Centrale è la «libertà proprietaria – propria dell'homo

¹⁰⁶ A. Black, *Guilds and civil society in European political thought from the twelfth century to the present*, Cornell University Press, Ithaca, New York, 1984, p. 179.

¹⁰⁷ T. Greco, *La legge della fiducia: Alle radici del diritto*, Editori Laterza, Edizione del Kindle, 2021, pp. 27-28.

¹⁰⁸ Ivi, pp. 26-27.

¹⁰⁹ «Molti insegnano», scrive Gaetano Arangio Ruiz nel 1895, «che il diritto di riunione e di associazione è il diritto naturale per eccellenza, essendo un bisogno di natura per gli uomini lo unirsi nel fine di raggiungere una utilità comune, siffatto bisogno trovandosi anche espresso nella maggior parte degli animali». Tuttavia sono molti anche quelli che «combattono queste fondamenta naturali di un diritto, da tutte le Costituzioni decretate riconosciuto in principio con la parola scritta, e poi ristretto o quasi distrutto nella pratica», G. Arangio Ruiz, *Associazione (diritto di)*, in «Enciclopedia giuridica italiana», vol. I, parte IV, 1895, p. 868; Id., *Le associazioni e lo Stato*, Napoli, Luigi Pierro, 1895; F. Racioppi, I. Brunelli, *Commento allo Statuto del Regno*, vol. II (Dall'art. 24 all'Art. 47), Torino, Unione Tipografico-Editrice Torinese, 1909.

¹¹⁰ Cfr., M. Stronati, *Il mutuo soccorso tra storia e storiografia, ovvero ripensare il diritto di associazione*, cit.

¹¹¹ L. Lacchè, *Uno "sguardo fugace". Le misure di prevenzione in Italia tra Ottocento e Novecento*, in «Rivista italiana di diritto e procedura penale», Anno LX, fasc.2, 2017, pp. 427-428; Id., *La paura delle «classi pericolose». Ritorno al futuro?*, in «Quaderno di storia del penale e della giustizia», Macerata, 1/2019, pp. 159-178, <<https://rivisteopen.unimc.it/index.php/qspg/article/view/2221/1513>>, agosto 2024.

oeconomicus», che esige prevenzione, protezione e sicurezza. Questi sono, dunque, i parametri della legalità penale dell'ordine liberale¹¹².

Le minacce alla «libertà proprietaria»¹¹³, pongono l'attenzione sui reati contro il patrimonio, e tra questi l'usura¹¹⁴ che viene considerata un reato contro le persone “fragili” ma pure un reato contro la proprietà privata «La proprietà in senso lato, nel senso cioè di pertinenza, stringe nella sua rete il diritto di credito, e perciò l'usura, colpendo al cuore la proprietà privata, se non prossimamente, certo mediatamente si riferisce ai reati contro la proprietà privata»¹¹⁵.

Tuttavia, «La questione dell'usura si ricollega a tutto quell'insieme d'infiniti e molteplici problemi che ha il nome di *questione sociale*»¹¹⁶. Pressoché inutile è la risposta penale, «L'ufficio delle pene, come dice Ellero, non è che negativo ed estremo – Esse non sopprimono le cause dei reati, che sono nell'individuo e nella società – Esse non hanno che una presa limitata sugli impulsi delittuosi, e non vengono applicate se non quando è fallita appunto la loro efficacia di minaccia legislativa ché fidar troppo nelle pene, giova adunque principalmente adoperarsi per impedire le azioni antiggiuridiche, eliminandone le cause e le occasioni»¹¹⁷. In effetti, la logica della deterrenza legale «finalizzata a promuovere l'osservanza di norme di comportamento, da parte dei destinatari; è legata all'osservanza la fiducia dei consociati, cui le norme promettono protezione. Deterrenza e fiducia possono essere viste come due facce dei medesimi problemi»¹¹⁸.

Il legislatore, «deve imitare il medico», per conservare sano il corpo sociale, deve «fidar limitatamente nell'efficacia de' farmaci ed affidarsi invece ai sicuri e continui servigi dell'igiene. È la *prevenzione* che deve precedere la *repressione* – Sono le riforme sociali che dovranno sopra tutto giovare a

¹¹² L. Lacchè, *Uno “sguardo fugace”. Le misure di prevenzione in Italia tra Ottocento e Novecento*, cit., pp. 427-428.

¹¹³ Cfr., L. Lacchè, *Il nome della «libertà». Tre dimensioni nel secolo della Costituzione (1848-1948)*, in F. Bambi (a cura di), *Un secolo per la Costituzione (1848-1948). Concetti e parole nello svolgersi del lessico costituzionale italiano, Atti del Convegno, Firenze, Villa Medicea di Castello, 11 novembre 2011*, Firenze, Accademia della Crusca, 2012, pp. 30 ss.

¹¹⁴ O meglio, l'usuraio «Uno stigma, dunque, che è prima sociale e poi giuridico, a seconda delle scelte economiche di un preciso momento storico, da reprimere in maniera severa considerandone due diverse declinazioni, una paternalistica – che passa per il giudizio di pericolosità sociale che si appunta sull'autore – per reprimere la ribellione al sistema di potere; l'altra decisamente repressiva in uno scenario di strategia politico criminale, dove ad emergere per la prima volta è la posizione di valore che assume la vittima usurata», P. Troncone, *L'usura soggettiva tra le vicende del profitto iniquo. Profili dommatici e politico criminali*, cit., p. 27.

¹¹⁵ A. Butera, *Usura*, cit., p. 133.

¹¹⁶ F. Andreani, *Delle leggi contro l'usura*, cit., p. 77.

¹¹⁷ *Ibidem*.

¹¹⁸ D. Pulitanò, *Quale fiducia nel diritto criminale/penale?*, in questo volume.

mitigar grandemente gli effetti funesti della triste piaga dell'usura – A mali sociali occorrono rimedi sociali»¹¹⁹.

I “rimedi sociali”, alternativi o integrativi alla mera minaccia penale, sono: la diffusione dell'istruzione per «rendere più difficili gli abusi degli scaltri a danno dei poveri di spirito», l'educazione per risvegliare «nelle classi povere il sentimento del dovere del risparmio e della previdenza, e che faccia meno egoistiche, più morali e più giuste le classi abbienti – questi i sostitutivi penali (come il Ferri li chiamerebbe) che, più d'ogni violenta repressione, varranno a guarire, la società dalla triste lebbra dell'usura»¹²⁰.

Andriani evoca la teoria di Enrico Ferri che dal 1880 parla dei sostitutivi penali¹²¹, questi consistono in una politica legislativa che

abbracciando l'andamento dell'attività individuale e sociale e scorgendone le origini, le condizioni, gli effetti, venga a conoscere le leggi psicologiche e sociologiche, per le quali rendersi padrone di una gran parte dei fattori criminosi, e specialmente di quelli sociali, per influire così, in modo indiretto, ma più sicuro, sull'andamento della criminalità. Il che poi si riduce a dire, che nelle disposizioni legislative, politiche, economiche, civili, amministrative, penali, dai più grandi istituti ai minimi particolari, sia dato all'organismo sociale un tale assetto, pel quale l'attività umana sia, in modo continuo e indiretto, guidata nelle vie non criminose, coll'offrire libero sfogo alle energie ed ai bisogni individuali, urtandoli il meno possibile, e scemando le tentazioni e le occasioni di delinquere¹²².

In particolare, per i reati contro il patrimonio, sono utili i sostitutivi penali quali «Le case di operai a buon mercato, come quelle del senatore Rossi a Schio, le società cooperative e di mutuo soccorso, le casse di previdenza e per la vecchiaia, le case per gli invalidi del lavoro, le banche popolari e di risparmio, i comitati di beneficenza, che diano sovvenzioni, soprattutto sotto forma di lavoro, faranno scomparire, assai meglio dei codici penali, molti reati contro le proprietà e contro le persone»¹²³.

Nel 1881, la teoria di Ferri, non è supportata da un contesto di politiche riformatrici adeguate, la sua stessa intuizione sconta carenze metodologiche «dovute in primo luogo all'uso ancora incerto di una dubbia ‘sociologia criminale’ in formazione»¹²⁴. Tuttavia, Ferri percepisce già che la teoria dei

¹¹⁹ F. Andreani, *Delle leggi contro l'usura*, cit., p. 77.

¹²⁰ *Ibidem*.

¹²¹ E. Ferri, *Dei sostitutivi penali*, «Archivio di psichiatria, antropologia criminale e scienze penali per servire allo studio dell'uomo alienato e delinquente», 1880, 2, pp. 67 ss., pp. 214 ss. Cfr., R. Stabile, *Fra diritto penale e diritto civile*, in P. Pittaro (a cura di), *Scuola Positiva e sistema penale: quale eredità?*, Trieste, EUT Edizioni Università di Trieste, 2012, pp. 99-118; M. Stronati, Ferri, Enrico, *Il Contributo italiano alla storia del pensiero: Diritto*, Treccani, 2012, <[¹²² E. Ferri, *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, Bologna, Nicola Zanichelli, 1881, pp. 89-90.](https://www.treccani.it/enciclopedia/enrico-ferri_(Il-Contributo-italiano-alla-storia-del-Pensiero:-Diritto)/>, agosto 2024.</p>
</div>
<div data-bbox=)

¹²³ *Ivi*, p. 97.

¹²⁴ M. Sbriccoli, *Il diritto penale sociale, 1883-1912*, cit., p. 833.

sostitutivi penali è il programma sul quale costruire un nuovo corso per il diritto e la procedura penale, quello che sarà il socialismo giuridico¹²⁵.

La teoria dei sostitutivi penali ha provocato anche una rottura con la parte conservatrice del movimento positivista, per esempio con Garofalo, ma soprattutto, è la teoria sulla quale Ferri ha lavorato per vent'anni. Nella quarta edizione dei *Nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale*, del 1900, Ferri afferma che i

sostitutivi penali non devono però essere il punto di arrivo di una riforma sociale alla sola superficie, ma bensì il punto di partenza e di passaggio a quell'ordinamento sociale, radicalmente diverso dal presente, in nome e in vista del quale soltanto la teorica dei sostitutivi penali ha ragione di essere e può avere la sua pratica efficacia, finché non si arrivi – colla sostituzione della proprietà collettiva dei mezzi di produzione e di lavoro e quindi colla sicurezza delle condizioni di esistenza umana per ogni uomo che, non essendo invalido o bambino, abbia compiuto il suo dovere del lavoro quotidiano, sotto qualunque forma – a dissecare, come diceva Fauchet, le tre grandi sorgenti della criminalità: l'estrema ricchezza, l'estrema miseria e l'ozio¹²⁶

Come noto, la teoria dei sostitutivi penali è, però, anche l'avvio dello scontro tra “scuole”¹²⁷

una storica querelle, spesso incanaglita dalla diretta personalizzazione dello scontro tra Ferri e Lucchini, che finì per presentare la facciata fuorviante di un dissenso globale e strategico, mentre era in realtà il risultato di due opzioni sui contenuti di una nuova scienza della legislazione penale, l'una di taglio ‘liberale’, l'altra di tipo ‘democratico’: entrambe costrette a scomparire dietro la cortina di una polemica tra ‘scuole’, nella quale vennero in primo luogo valorizzate – come sempre accade in casi come questo – le componenti per così dire ‘estremistiche’ dei due schieramenti¹²⁸

¹²⁵ «il primo abbozzo del ‘programma’ ferriano presente nei Nuovi orizzonti del 1881 servirà da base al dispiegarsi di una serie articolata di interventi che caratterizzeranno in modo determinante una larga parte del socialismo giuridico penale», (*Ibidem*). In particolare con gli allievi di Ferri, «come Luigi Majno, Agostino Berenini, Alberto Borciani o Camillo Cavagnari, si afferma negli anni novanta una corrente ‘socialista’ all'interno della ‘scuola positiva’ (ma non solo di essa...). Quella ‘corrente’ deve all'impostazione ferriana il suo modo di avvicinarsi alla questione penale, ma accentua in maniera autonoma e piuttosto marcata il momento teorico dell'analisi (la ‘dichiarazione’ del diritto penale come diritto di classe) e quello politico della sintesi, attraverso l'utilizzazione sul terreno della riforma legislativa di una ormai consolidata sociologia criminale ‘di sinistra’», *ivi*, p. 838.

¹²⁶ E. Ferri, *Sociologia criminale*, Torino, Fratelli Bocca, 1900, p. 397; cfr., M. Sbriccoli, *Il diritto penale sociale, 1883-1912*, cit., p. 837.

¹²⁷ Lo scontro più personale che tra scuole (inesistenti), in realtà ha nascosto le omologie di fondo tra “classici” e postivi”, cfr., M. Sbriccoli, *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in A. Schiavone (a cura di), *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma-Bari, Laterza, 1990, pp. 147-232 ora in *Id.*, *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, Giuffrè, 2009, tomo II, p. 551; F. Colao, *Le ideologie penalistiche fra Otto e Novecento*, in A. Mazzacane (a cura di), *I giuristi e la crisi dello Stato liberale in Italia fra Otto e Novecento*, Napoli 1986, p. 109.

¹²⁸ M. Sbriccoli, *Il diritto penale sociale, 1883-1912*, cit., pp. 834-835.

Il filo è stato ripreso, non a caso, negli anni Settanta del Novecento restituendo attenzione ad, «un nodo rilevante nella storia del pensiero giuridico moderno»¹²⁹, il “socialismo giuridico”. Dopo gli anni fertili, Ottanta e Novanta, all’inizio del millennio, lucidamente Mario Sbriccoli ha segnalato due problemi ormai fuori controllo. Da un lato, l’ipertrofia del penale, con la conseguenza, tra le altre

che la minaccia di pena resta di regola allo stato di minaccia, usata solo per fare pressione, per contrattare da posizioni di forza, per ottenere dai cittadini condotte più docili nei confronti di alcune esigenze burocratiche. In questo quadro, la pena cessa di essere presa sul serio. Essa è stata seriamente indebolita nel suo ruolo strategico di prevenzione generale, in ragione del fatto che i comportamenti minacciati trascorrono dai gravissimi ai bagatellari e sono tanto numerosi e disparati da non offrire più un punto di orientamento certo. L’inflazione punitiva, come era prevedibile, ha corrosato il valore intrinseco del sistema che ha sovralimentato¹³⁰

D’altro lato, c’è stata la dissoluzione di rapporti sociali

Interi sistemi normativi non giuridici, che una volta avevano la loro efficacia nei rapporti sociali, si sono dissolti, sostituiti da una domanda di costrizione penale, a cui si risponde con leggi dal valore più che altro simbolico. La minaccia di pena si riduce spesso a mero mezzo di proiezione, per ottenere effetto di annuncio, per tranquillizzare o ricevere consenso. Per quanto sembri incredibile, l’inasprimento delle pene è ancora ritenuto un mezzo efficace nella rappresentazione del penale¹³¹

Ancora una volta, la scienza giuridica si trova a dover cogliere la sfida di una nuova stagione della “penalistica civile”, forse ponendosi la domanda se sia possibile un diritto penale fiduciario.

¹²⁹ P. Grossi, *Pagina introduttiva*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», 3-4, (1974-75), *Il “Socialismo giuridico”. Ipotesi e letture*, I, p. 1.

¹³⁰ M. Sbriccoli, *Il problema penale*, in *Enciclopedia Italiana di Scienze, Lettere ed Arti – Appendice 2000 – Eredità del Novecento*, a cura di G. Bedeschi, Roma, Enciclopedia Italiana, 2001, vol. II, pp. 822-837, ora in Id., *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, Giuffrè, tomo II, 2009, p. 712.

¹³¹ Ivi, p. 711.

Lessico e politica del penale

Roberto Cornelli

Fidarsi, affidarsi e fare affidamento. L'ambiguità della fiducia nelle istituzioni

1. Dalle ombre della fiducia alla cittadinanza inclusiva: un itinerario di ricerca

«C'è un filo tra diritto e fiducia che bisogna avere la pazienza di dipanare e avere il coraggio di riconoscere».¹ Con queste parole Tommaso Greco riscatta una versione del diritto che prende le distanze dall'opinione comune che sia solo autorizzazione all'uso della forza, aprendo così a concetti che gli sarebbero altrimenti estranei ma che, al contrario, ne sono costitutivi e ne svelano la natura relazionale: solidarietà, responsabilità, riconoscimento. Slatentizzare le dinamiche fiduciarie che reggono non solo la vita sociale ma lo stesso diritto (persino quello penale²) si presenta come un progetto necessario per dare rilevanza a un motivo sensibile per rispettare la legge che sia alternativo alla paura della coercizione.

La fiducia è *vinculum societatis*³, condizione di fondo perché una società possa esistere e dunque anche finalità più o meno latente di ogni attività di *social ordering*⁴, compresa quella di porre e di dire il diritto. L'autorità di ordinare la società, di prendere decisioni per gli altri, d'altra parte, non può che poggiarsi su un qualche affidamento fiduciario, senza il quale quella stessa autorità diverrebbe presto potere dispotico, poco incline a durare⁵. La fiducia è, insieme, condizione di esistenza della società, finalità ordinamentale ed

¹ T. Greco, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2021, p. 1. Cfr. anche T. Greco in questo volume.

² Cfr. G. Mannozi in questo volume.

³ Per una discussione della classica definizione di John Locke si veda M. Hollis, *Trust Within Reason*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998.

⁴ In questo senso, il presente contributo va letto come prosecuzione delle riflessioni contenute in "Le società cambiano, il castigo rimane? La giustizia tra eccedenza del diritto e ordinamento sociale", in *Il castigo. Riflessioni interdisciplinari per un dibattito contemporaneo su giustizia, diritto di punire e pena* – *Quaderno di storia del penale e della giustizia* 3/2021, 2022, Eum, pp. 201-216.

⁵ Cfr. D. Felice, *Per una scienza universale dei sistemi politico-sociali. Dispottismo, autonomia*

elemento essenziale per un potere che pretende di essere legittimo⁶. In questo intreccio, le dinamiche della legittimazione politica evocano costantemente il tema fiduciario⁷, ma ne svelano al contempo i vuoti e i tentativi di colmarli attraverso scorciatoie e stratagemmi di cattura del consenso, anche agendo sul sistema penale.⁸ Non solo vuoti, per la verità: a volte di tratta di ombre. La fiducia richiama la fraternità e ne assume l'ambiguità di discorso capace di includere ed escludere al tempo stesso⁹. Un ordine sociale fondato sulla fiducia e non sulla forza lascia comunque degli scarti nelle zone di frontiera, interne ed esterne, nelle quali si agisce al di fuori del regime fiduciario per preservare l'ordine, per rinsaldare il legame sociale o per legittimare l'autorità costituita.

Indagare il punto limite in cui è la stessa fiducia a legittimare la «forza di legge»¹⁰ richiede di esplorare i diversi significati della fiducia tra cittadini e istituzioni e le inevitabili relazioni di potere che li sottintendono. Nel campo politico-istituzionale la fiducia rischia di essere perlopiù affidamento dai tratti fideistici, perdendo gran parte della sua costituzione relazionale e del suo carattere responsivo. Si può tentare di attenuare l'ambiguità che è propria di questa fiducia solo innescando circoli virtuosi di responsabilità reciproca¹¹ capaci di riparare il legame sociale proprio nelle zone di frontiera in cui viene spesso lacerato o interrotto, e, nel ripararlo, di costruirlo *ex novo* su nuove basi, quelle di una cittadinanza inclusiva. Solo così la proposta etico-normativa fondata sul valore della fiducia può confrontarsi con la dimensione istituzionale della società e, ancor più radicalmente, col fatto che quest'ultima anziché naturale sia l'esito di un'istituzione politica¹².

della giustizia e carattere delle nazioni nell'«Esprit des lois» di Montesquieu, Firenze, Olschki, 2005.

⁶ Per un'analisi del rapporto tra fiducia e legittimazione in un ambito specifico, quello della fiducia nella polizia, si veda R. Cornelli, *La forza di polizia. Uno studio criminologico sulla violenza*, Torino, Giappichelli, 2020.

⁷ Cfr. A. Lippi, *Dinamiche di legittimazione politica*, Bologna, il Mulino, 2019.

⁸ Cfr. L. Riscato, *Diritto alla sicurezza e sicurezza dei diritti: un ossimoro invincibile?*, Torino, 2019.

⁹ Cfr. A. Ceretti, R. Cornelli, *Oltre la paura. Cinque riflessioni su criminalità, società e politica*, Milano, Feltrinelli, 2013.

¹⁰ J. Derrida, *Force de loi. Le «Fondement mystique de l'autorité»*, Paris, Editino Galilée, 1994; tr. it. *La forza della legge. Il «Fondamento mistico dell'autorità»*, Torino, Bollati Boringhieri, 2003.

¹¹ Sul concetto di «rispondenza fiduciaria» cfr. Pelligra in questo volume.

¹² Cfr. R. Esposito, *Pensiero istituyente. Tre paradigmi di ontologia politica*, Torino, Einaudi, 2020.

2. *Rispettare la legge per paura o per convinzione*

In un passo molto noto di *Massa e Potere*, quello in cui si discute del potere come amplificazione della forza attraverso la metafora del gioco del gatto col topo e l'esempio del prigioniero, Elias Canetti definisce la minaccia della forza come essenza stessa del comando. La paura, in effetti, è un comando molto efficace: il ruggito del predatore ne è la più antica forma, perché di fronte a un felino affamato la preda non ha che scegliere di fuggire per scampare a morte sicura. Le medesime caratteristiche presenti nel «comando di fuga biologico» si ritrovano, a detta di Canetti, in ogni ordine umano, contraddistinto dal fatto che «implica sempre il terrore della morte, la minaccia; e il mantenimento, l'esecuzione di reali sentenze capitali, mantengono sempre desto il terrore dinnanzi a chi deve eseguire ordini»¹³. Al tempo stesso, il comando umano si è allontanato dalla sua origine biologica, cioè dal comando di fuga, e ha attuato un processo di corruzione della preda che porta chi è più debole ad andare incontro al più forte il quale, pur comandando e imponendosi, accudisce e protegge. Ma nonostante ogni domesticazione del comando di fuga attuata tramite la promessa di nutrimento – che comporta «una sorta di prigionia volontaria dalle molteplici gradazioni e sfumature»¹⁴ –, l'essenza del comando non muta: il potere è e rimane amplificazione della forza; la minaccia, essenza del comando di fuga, rimane integra, «una minaccia di per sé attenuata, cui però fanno riscontro esplicite sanzioni per la disobbedienza. E quelle sanzioni possono essere molto severe; la più severa è la originaria: la morte».¹⁵

La visione di Canetti s'inscrive nel paradigma hobbesiano, quello dell'obbedienza alla legge per paura di una violenza/punizione. Sebbene talvolta non risulti necessario prevedere una sanzione, per esempio quando il comando è talmente chiaro e condiviso da essere di per sé sufficiente a orientare le azioni, in ogni caso in cui la chiarezza inizia a offuscarsi o si fanno strada dilemmi etici o conflitti culturali la minaccia della sanzione torna a essere percepita come necessaria all'effettività del comando. Così, in società pluraliste (come lo sono, con varie gradazioni, pressoché tutte le società del mondo globalizzato), ogni divieto che sia l'esito di un percorso politico-istituzionale di definizione di cosa è consentito e cosa non lo è, si accompagna necessariamente a una minaccia di sanzione rivolta a chi adotta o vorrebbe adottare comportamenti difformi. Ciò non implica che la sanzione debba essere sempre effettiva, anzi: il fatto che il più delle volte non venga applicata

¹³ E. Canetti, *Masse und Macht*, Hamburg, Claassen Verlag, 1960; tr. it. *Massa e potere*, Adelphi, Milano, 1981, p. 366).

¹⁴ Ivi, p. 371.

¹⁵ *Ibidem*.

o nemmeno evocata segnala la forza insita nel comando, che non necessita di essere rinforzato costantemente dalla minaccia di una punizione.

Per lo stesso Montesquieu, che veniva celebrato come l'Anti-Hobbes, la minaccia della pena, sia pure associata più alla certezza che alla severità (come sosterrà anche Cesare Beccaria), è necessaria per dissuadere dal commettere delitti. D'altra parte, anche nelle società democraticamente più avanzate la coercizione, imbrigliata nel concetto di *extrema ratio*, rimane un fattore di stabilizzazione del sistema sociale che torna a manifestarsi nei luoghi e nei tempi dell'emergenza. Il filosofo francese, tuttavia, sembra indicare una strada diversa dalla coercizione per gli Stati che intendano essere moderati, distanziandosi dalle forme di governo dispotico: quella dell'intimo convincimento del cittadino attraverso l'amore per la patria, la vergogna e la paura del biasimo, di modo che non ci sia bisogno di forza per far rispettare la legge.

La sévérité des peines convient mieux au gouvernement despotique, dont le principe est la terreur, qu'à la monarchie et à la république, qui ont pour ressort l'honneur et la vertu. Dans les États modérés, l'amour de la patrie, la honte et la crainte du blâme, sont des motifs réprimants, qui peuvent arrêter bien des crimes. La plus grande peine d'une mauvaise action sera d'en être convaincu. Les lois civiles y corrigeront donc plus aisément, et n'auront pas besoin de tant de force. Dans ces États, un bon législateur s'attachera moins à punir les crimes qu'à les prévenir; il s'appliquera plus à donner des moeurs qu'à infliger des supplices.¹⁶

Affiora, così, agli albori della nascita del Leviatano 2.0¹⁷ il tema dell'adesione alle leggi per convinzione che si costruisce attorno a sentimenti sociali quali il senso di appartenenza nazionale, la vergogna (definibile in termini reintegrativi o stigmatizzanti¹⁸) e la paura della riprovazione sociale. Il consenso alle norme¹⁹ si fa strada anche nelle società democratiche come modalità civile ed efficace di spronare al rispetto della legge e con esso quel sentimento che ne costruisce il substrato necessario: la fiducia. Laddove c'è fiducia, la penalità può rimanere mite: un importante studio del *National Research Institute of Legal Policy* di Helsinki ha dimostrato come nei Paesi industrializzati in cui i livelli di fiducia e di percezione di legittimità delle autorità sono alti le politiche penali risultano più moderate²⁰.

¹⁶ Montesquieu, *De l'esprit des lois*, 1758, Livre VI, Chapitre IX, édition établie par L. Versini, Éditions Gallimard, Paris, p. 19.

¹⁷ Cfr. C.S. Maier, *Leviathan 2.0. Inventing Modern Statehood*, Harvard, Harvard University Press, 2014; tr. it. *Leviatano 2.0. La costruzione dello stato moderno*, Torino Einaudi, 2018.

¹⁸ Cfr. J. Braithwaite, *Crime. Shame and Reintegration*, Melbourne, Cambridge University Press, 1989.

¹⁹ Cfr. C. Mazzucato, *Consenso alle norme e prevenzione dei reati. Studi sul sistema sanzionatorio penale*, Roma, Aracne, 2005.

²⁰ T. Lappi-Seppälä, "Explaining imprisonment in Europe", in «European Journal of Criminology», 8, 4, 2011, pp. 303-328.

3. *Fidarsi, affidarsi, fare affidamento*

La vita quotidiana in società è un catalogo di successi nell'esercizio della fiducia e anzi una collettività non potrebbe neppure esistere e mantenersi se non ci fosse un collante emotivo che consentisse alle persone di formulare aspettative reciproche con la ragionevole certezza che non siano frustrate²¹. *Fidarsi*, infatti, è sia *affidarsi*, vale a dire mettersi nelle mani di un altro, sia *fare affidamento*, vale a dire aspettarsi dall'altro qualcosa; comporta dei rischi, ma presuppone sempre l'apertura a un futuro in cui l'altro è necessario. Alla radice della fiducia c'è il concetto di dono, per cui il dare qualcosa di sé si accompagna all'aspettativa di una reciprocità che si apre al futuro, costruendo legami²². Così, la fiducia ha una dimensione costitutivamente collettiva perché è un'emozione necessariamente relazionale. Senza fiducia si perde la dimensione del futuro, il quale si tinge di toni foschi fino a diventare oscuro, impenetrabile e perturbante perché non si proietta più sul presente in termini di progetto collettivo; senza fiducia è il presente a proiettare su ogni futuro possibile ansie e velleità individuali che spesso trovano sollievo nella rievocazione di un passato mitizzato, nelle retrotopie²³.

Ma è davvero sempre così relazionale quel sentimento che chiamiamo fiducia? Ha sempre a che fare con la reciprocità dell'affidarsi e del fare affidamento?

Come evidenziava già Georg Simmel agli inizi del Novecento²⁴, nelle società moderne, caratterizzate da una molteplicità di promesse, contratti e accordi, sarebbe impossibile conoscere tutti e formulare aspettative sulla base di legami diretti. Il denaro, che non è altro che la promessa che uno scambio sarà onorato indipendentemente dall'apprezzamento delle qualità personali e la cui affidabilità dipende dalla fiducia generalizzata per la tenuta del sistema economico, ha trasformato profondamente la società attraverso la sostituzione dei legami diretti tra persone tipica delle società tradizionali con relazioni impersonali. In tali società, ci si affida agli altri attraverso una conoscenza molto debole e incerta (*weak inductive knowledge*) che comporta un affidamento dai tratti fideistici (*socio-psychological quasi-religious faith*) necessario per superare i vuoti di conoscenza. In Simmel il passaggio dalla fiducia personale (*personal trust*) intesa come affidamento (*confidence*) alla fiducia impersonale (*impersonal trust*) intesa come forma di conoscenza debole (*weak inductive knowledge*) consiste nel passaggio da una qualità relazionale della fiducia, basata sull'interazione personale tra attori sociali, a

²¹ Cfr. Hollis, *Trust Within Reason* cit.

²² Cfr. Ceretti, Cornelli, *Oltre la paura* cit.

²³ Cfr. Z. Bauman, *Retrotopia*, Cambridge, Polity Press, 2017.

²⁴ G. Simmel, *Philosophie des Geldes*, 1900; tr. it. *Filosofia del denaro*, Ledizioni, 2019.

una forma di fiducia come stato d'animo individuale quasi fideistico indotto dalla società e che rende possibili gli scambi tra le persone e tra queste e le istituzioni indipendentemente dalla conoscenza personale²⁵.

Sviluppando questa traiettoria d'analisi, la fiducia impersonale, proprio per il suo carattere fideistico e non relazionale, presenta due caratteristiche fondamentali: l'ambiguità, in quanto può convivere con atteggiamenti diffusi di diffidenza sociale, e la volatilità, in quanto anche il minimo scostamento di affidabilità del sistema può comportare un crollo generalizzato di sfiducia che coinvolge l'intera società. Ambiguità e volatilità stimolano l'elaborazione di sistemi complessi di calcolo delle probabilità del mantenimento delle promesse in diversi settori della vita sociale, come dimostra lo sviluppo dei saperi attuariali dagli ambiti assicurativi e finanziari a quelli della vita quotidiana (anche nel calcolo del rischio di criminalità): ogni promessa non mantenuta va prevista, misurata e anestetizzata in modo da non creare disorientamento e sfiducia. Così, non è più l'affidabilità dell'interlocutore a rilevare, quanto quella del sistema: da ciascun altro non mi aspetto qualcosa, ma solo che stia dentro un sistema che reputo solido. La fiducia nel sistema (*system trust*), come sostiene Niklas Luhmann²⁶, è una forma di fiducia nella fiducia (*trust in trust*), una sorta di affidamento differito che si costruisce sul convincimento circa l'esistenza di una fiducia reciproca, vale a dire che nel momento in cui dovrò fare affidamento sugli altri, anche io possa risultare affidabile per loro.

Con le parole di Anthony Giddens²⁷, la fiducia moderna è dunque perlopiù fiducia nei sistemi astratti (*trust in abstract systems*), non più costituita da affidamenti basati sull'affidabilità dell'altro (*face-to-face commitments*), che consentivano di limitare il rischio all'area di chi non si conosce, bensì su affidamenti impersonali (*faceless commitments*) legati a *symbolic tokens*, come il denaro, e a *expert systems*, vale a dire sistemi di conoscenza tecnica e professionale. La fiducia nei sistemi astratti, tuttavia, non è l'unica forma di fiducia moderna contemplata da Giddens, che anzi ipotizza che in una fase avanzata della modernità (la nostra?) l'importanza della fiducia personale possa crescere. D'altra parte, capita che ci si fidi di un particolare sistema astratto quando s'incontra qualcuno di affidabile che rappresenta quel si-

²⁵ B. Misztal, *Trust In Modern Societies*, Cambridge, Polity Press, 1996, pp. 49-54.

²⁶ In questa sede non intendo analizzare la concezione di fiducia (*trust*) e affidamento (*confidence*) in Luhmann con riferimento alla distinzione tra rischio e pericolo. Per un approfondimento si rimanda a N. Luhmann, *Trust and Power*, Chichester, Wiley, 1979; N. Luhmann, "Familiarity, Confidence, Trust: Problems and Alternatives", in D. Gambetta (ed. by), *Trust: Making And Breaking Cooperative Relations*, electronic edition, Oxford, Department of Sociology, University of Oxford, 2000, pp. 94-107.

²⁷ A. Giddens, *The Consequences of Modernity*, Cambridge, Polity Press, 1990, p. 21; tr. it. *Le conseguenze della modernità. Fiducia e rischio, sicurezza e pericolo*, il Mulino, Bologna, 1994.

stema (*access point*)²⁸ e che rende possibile la trasformazione della fiducia personale in fiducia impersonale. Quando un paziente si reca dal dottore ha una vaga idea di quale sia il suo problema e il dottore in quel momento, più che un individuo a se stante, rappresenta il sistema esperto al quale il paziente si affida; con la sua presenza e il suo comportamento, il dottore può rafforzare la fiducia che il paziente ha nel sistema sanitario, ma può anche creare diffidenza se il paziente vive un'esperienza negativa. Lo stesso vale per le esperienze di incontro con i poliziotti rispetto alla costruzione della fiducia nella polizia.

Il riconoscimento della centralità dell'esperienza è decisivo per comprendere la fiducia dei cittadini nelle istituzioni, soprattutto se si tiene conto del fatto che ogni esperienza avviene a partire da immagini di affidabilità che ciascuno ha nel proprio bagaglio culturale. In uno studio comparativo sulla fiducia nelle società moderne Luis Roniger²⁹, oltre a introdurre tre forme di fiducia personale (relativamente al rapporto madre-figlio, alla percezione di appartenenza etnica, nazionale o religiosa e alla condivisione di valori, interessi, emozioni), riconosce che la complessità crescente di legami interpersonali e di strutture istituzionali comporta la necessità di estendere la fiducia fondata sulla conoscenza personale mediante generalizzazione o focalizzazione³⁰. Secondo la prima modalità le persone prestano fiducia sulla base di 'immagini impersonali di affidabilità', vale a dire producono aspettative su coloro che non conoscono (siano persone in carne ossa o istituzioni) sulla base di ciò che vedono o sentono riguardo alla loro affidabilità. *Reliability* è il concetto-chiave per comprendere il processo di generalizzazione della fiducia: può essere generata sia dall'appartenenza a una struttura organizzativa che comporta una condivisione di norme e valori sia dal riconoscimento dell'autorità rispetto a certi ambiti di competenza. Le immagini di affidabilità, tuttavia, possono essere passate al vaglio o surclassate dall'esperienza personale che, attraverso la focalizzazione sul caso concreto, può indurre il soggetto a sviluppare o meno un sentimento di fiducia più generale verso un individuo o un'istituzione. Così, per portare un esempio che chiarisca i processi di generalizzazione e focalizzazione, le istituzioni politiche possono essere considerate degne di fiducia sulla base della loro immagine di affidabilità che, tuttavia, è sottoposta al possibile vaglio dell'esperienza diretta avuta con i rappresentanti politici: a seconda di come immagine ed esperienza s'intersecano e si sedimentano nella società, l'affidabilità delle istituzioni può cambiare, per uno e per tutti.

²⁸ Ivi, p. 83.

²⁹ L. Roniger, *La fiducia nelle società moderne. Un approccio comparativo*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 1992, pp. 20-24.

³⁰ Ivi, p. 25.

La fiducia nelle istituzioni si costruisce, dunque, in termini meno relazionali rispetto alla fiducia personale, e tuttavia il contatto con chi rappresenta quell'istituzione non è ininfluente: immagini di affidabilità ed esperienze dirette si rafforzano vicendevolmente nella costruzione di una fiducia/sfiducia che porta a legittimare/delegittimare un sistema istituzionale.

4. *La fiducia ambigua che rinforza l'ordine sociale*

La fiducia è *vinculum societatis* in quanto è un sentimento che stimola la solidarietà tra esseri umani e al tempo stesso che fissa le condizioni legittimanti le istituzioni sociali di quella comunità di esseri umani. In entrambe queste declinazioni la fiducia viene vista essenzialmente in termini positivi: è ciò che consente a una società di esistere, di funzionare e di prosperare. Nel primo caso entra nell'alveo della fraternità come principio verso cui dirigere l'agire istituzionale. Nel secondo caso richiama il tema della legittimazione come processo di attribuzione di legittimità a un potere e dunque di riconoscimento dell'autorità. Sia fraternità che legittimazione, tuttavia, presentano zone d'ombra che vale la pena esplorare per cogliere l'ambiguità della fiducia in relazione all'attività di ordinamento sociale.

Il concetto di fraternità trae il proprio significato dallo spirito dell'epoca in cui si vive. Èmile Durkheim, com'è noto, si riferisce alla divisione del lavoro nelle società complesse come momento di passaggio da un tipo di solidarietà (meccanica) a un altro (organica). Max Weber, d'altra parte, aveva chiaro come nelle società di mercato si stesse perdendo di vista il valore della fraternità:

il mercato, abbandonato alla sua autonormatività, conosce soltanto la dignità della cosa e non della persona, non doveri di fratellanza e di pietà, non relazioni umane originarie di cui le comunità personali siano portatrici. [...]. Il mercato, in antitesi a tutte le altre comunità che presuppongono sempre la fratellanza personale, e per lo più una parentela di sangue, è alla sua radice estraneo ad ogni fratellanza.³¹

Nell'epoca contemporanea della costellazione postnazionale³² e della centralità del capitalismo finanziario³³, il superamento di forme premoderne di comunità e il declino della solidarietà organizzata dal *welfare state* esasperano la ricerca individuale del benessere e orientano verso «una fraternità debole, vale a dire una solidarietà frammentata in cui gli individui cercano disperatamente relazioni forti dal punto di vista identitario, ma spesso con-

³¹ M. Weber, *Economia e Società. Comunità*, Vol. I, Milano, 1968, pp. 620-621.

³² Cfr. J. Habermas, *Die Postnationale Konstellation. Politische Essays*, Berlin, Suhrkamp, 1998; tr. it. *La costellazione postnazionale*, Milano, Feltrinelli, 1999.

³³ Cfr. L. Gallino, *Finanzcapitalismo. La civiltà del denaro in crisi*, Torino, Einaudi, 2011.

flittuali ed esclusive: *forme di fraternità identitarie non solidali*³⁴. Si perde l'ancoraggio politico della fraternità ai valori universalistici (la fratellanza degli oppressi, tra i popoli, degli umani) e al tempo stesso si salda il suo legame con il progetto di stato-nazione (di cui il sovranismo può essere letto come colpo di coda): la fraternità si riduce a sostenere progetti di vita comunitari sempre più ristretti e in competizione tra loro, sostanziandosi in una voglia di comunità escludente.

C'è dunque un'ambiguità di fondo nel concetto di fraternità, che può essere tanto inclusivo quanto ritratto su posizioni identitarie. La stessa ambiguità si riversa sul sentimento della fiducia, la quale, se agganciata a istanze particolaristiche di affermazione di egoismi collettivi, può diventare *vinculum* di comunità (anche immaginarie³⁵) ristrette e dai confini rigidi, costruendo le condizioni di una forte diffidenza sociale verso ciò che non rientra nella propria comunità identitaria.

In queste condizioni lo stesso processo di attribuzione di legittimità a chi esercita il potere si snoda attorno a sentimenti fiduciarci regressivi.

Qualsiasi autorità legittima, in effetti, non regge a lungo se non trova un equilibrio tra diversi processi di legittimazione³⁶, tra i quali risulta decisiva la legittimazione dal basso, vale a dire l'affidamento delle persone basato sul riconoscimento di legittimità di quell'autorità. In apparenza tautologico, questo ragionamento non appare tale se lo si osserva empiricamente: la perdita del fondamento trascendente del potere comporta che un'autorità è legittima fintanto che i consociati – una buona parte di essi oppure la parte di essi la cui voce conta – la considerano tale. Seguendo l'insegnamento di Weber, il diritto di governare dipende dal riconoscimento di questo diritto da parte dei governati, ed è solo questo riconoscimento a conferire il diritto di chi comanda di richiedere il dovere dell'obbedienza.

A partire da queste considerazioni si è sviluppato un 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. A partire dagli studi di Tom Tyler, e in particolare dal suo libro del 1990, *Why People Obey The Law. Procedural Justice, Legitimacy and Compliance*³⁷, che segna il quadro teorico entro cui si collocano molte delle riflessioni sul tema degli anni successivi, ci si propone di dimostrare la maggiore efficacia nel garantire l'obbedienza alle leggi di modalità alter-

³⁴ Cfr. A. Ceretti, R. Cornelli, *Oltre la paura* cit. p. 206.

³⁵ Cfr. A. Appadurai, *Modernity At Large: Cultural Dimensions of Globalization*, Minneapolis-London, University of Minnesota Press, 1996; tr. it. P. Vereni, *Modernità in polvere*, Meltemi, Roma 2001, p. 19.

³⁶ Cfr. R. Cornelli, *La forza di polizia* cit.

³⁷ T. Tyler, *Why People Obey The Law*, New Haven, Yale University Press, 1990.

native alla minaccia di una sanzione e fondate sul concetto di *legitimacy*: le persone rispettano più facilmente le leggi, senza la minaccia di sanzioni, quando considerano le autorità legittime. La fiducia, in questa prospettiva, costituisce una sorta di corrispondente affettivo del concetto di *legitimacy*. Ma quando le autorità sono legittime? In base agli studi di *Procedural Justice* la legittimità delle autorità aumenta quando le persone sperimentano che l'autorità sta agendo in modo corretto. Così, quando i cittadini sono trattati secondo le procedure stabilite e con rispetto, sono più propensi a percepire le autorità come legittime e degne di essere ascoltate quando danno indicazioni normative sui comportamenti da adottare. In questo solco si è sviluppata una riflessione, di forte interesse anche per lo studio della fiducia nella polizia, su come il supporto dei cittadini possa aumentare l'efficacia della polizia nei suoi sforzi di combattere la criminalità e mantenere l'ordine sociale³⁸. Una maggiore percezione di legittimità della polizia, si può ottenere se le persone percepiscono che il lavoro di polizia si svolga sulla base di procedure corrette e gli agenti di polizia interagiscano con le persone con correttezza e rispetto.

L'estremo interesse per la prospettiva appena descritta, con particolare riferimento alla capacità di generare pratiche istituzionali volte a migliorare la relazione tra istituzioni e cittadini e, di conseguenza, a costruire modalità di rispetto della legge basate sul consenso e non sulla paura, non deve tuttavia far perdere di vista il fatto che, come dimostrano le politiche nazionali sulle migrazioni, il riconoscimento della legittimità di un'autorità da parte dei governati può fondarsi tanto sulla correttezza e sul rispetto verso chi è incluso nella comunità di riferimento, quanto sull'intransigenza e sull'uso della coercizione nei confronti di chi va escluso. La fiducia nelle istituzioni, anche per il fatto che attiene a un affidamento perlopiù impersonale e dunque più intensamente attraversato da narrazioni politico-culturali stereotipate, finisce per legittimare la 'forza di legge' in tutti quei luoghi che stanno ai confini della 'legge della fiducia', nelle aree di liminalità ordinamentale.

Non si tratta solo di un rischio contingente, ma di un tratto costante di ogni aggregato umano. Riprendendo le tesi istituzionaliste, i rapporti sociali hanno senso e prendono forma solo nell'atto politico in cui si definisce cosa sia la società. Non sono parte di un mondo astratto popolato da istituzioni (come famiglia e religione) e divisioni (come quelle di genere o nazionali) fisse, eterne e universali; non preesistono alla loro "messa-in-forma, messa-in-senso e messa-in-scena": i rapporti sociali si possono conoscere solo nel momento in cui sono rappresentati da un potere che attribuisce politicità a

³⁸ Cfr. T. Tyler, "Trust and Legitimacy: Policing in the USA and Europe", in «European Journal of Criminology», 8, 4, 2011, pp. 254-266; R. Cornelli, "Procedural Justice e campo emotivo: uno studio sulla fiducia dei giovani nelle forze dell'ordine in base ai dati italiani della ISRD3", in «Rassegna Italiana di Criminologia», 3, 2015, pp. 234-243.

un certo agglomerato sociale. La società non preesiste, dunque, alla politica ma esiste in quanto pensata e istituita simbolicamente attorno a divisioni fondamentali (etnica, religiosa, di genere, nazionale) a partire dalle quali si autorappresenta in termini unitari e si struttura in ordinamento, nonostante i conflitti che l'attraversano e che sono lasciati fuori dalla messa in scena dell'unità sociale. Le istituzioni, nella loro incessante opera di ordinamento sociale, si trovano a gestire le 'istanze di non diritto' nelle aree di frontiera dell'ordinamento e, nel farlo, pragmaticamente ridefiniscono di continuo i confini ordinamentali. Il conflitto tra ordinamento e 'istanze di non diritto' che premono ai suoi confini costituisce una chiave di lettura fondamentale per comprendere come ogni società sia un progetto di normazione del reale che lascia sempre fuori qualcosa che chiede di essere incluso.

La sfida 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.

5. In conclusione: scorgere la paura dietro la fiducia

Scorgere la paura in controtuce mentre ci si affida alla fiducia come promessa di liberazione dal diritto coercitivo significa restituire il senso di un'inevitabile ambivalenza dell'opera di ordinamento sociale e riaffermare la necessità di prestare attenzione, anche nelle fasi che ci appaiono più civili, inclusive e democratiche, a quelle zone di frontiera interne ed esterne in cui si rafforzano i confini dell'ordinamento sociale; a quelle aree di liminalità ordinamentale in cui la diffusione di fiducia sociale e istituzionale si nutre dell'affidamento al sistema penale e di polizia del compito di contrastare con la forza o con la minaccia ciò che crea tensione e paura dentro e fuori dall'ordinamento.

Se non si coglie la sfida che il governo delle frontiere pone alle società democratiche contemporanee si rischia di vanificare il richiamo alla 'legge della fiducia', riducendolo a mero diritto degli inclusi, e di renderlo cieco a quella 'forza di legge' che continua a costruire le coordinate entro cui poterci ritenere liberi, uguali e fraterni.

Roberto Bartoli

Dritti al cuore del Leviatano tra fiducia, violenza e personalismo

1. Il diritto penale visto dalla prospettiva della fiducia/sfiducia: e lo sguardo si rinnova

Guardare al diritto e, più in particolare, al diritto penale dalla prospettiva del loro rapporto con la fiducia consente di illuminare problematiche che stanno al cuore della penalità e che oggi conoscono trasformazioni che non esito a definire epocali.

In estrema sintesi, le domande che sorgono e alle quali dobbiamo provare a dare una risposta sono: 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?

2. Fiducia/sfiducia e diritto della liceità

Nell'affrontare questioni giuridiche così "fondamentali" ritengo indispensabile muovere da una macro-distinzione – per così dire – trasversale tra il diritto della liceità e il diritto della illiceità. A ben vedere, tutta la nostra dimensione giuridica si compone di due grandi branche del diritto, il diritto che si occupa di regolare comportamenti che sono espressione di libertà e dalla cui realizzazione conseguono soltanto effetti positivi e quello che invece disciplina comportamenti che vanno a compromettere interessi altrui e quindi pone nella sostanza divieti seguiti dalla prospettazione/applicazione di conseguenze negative, da sanzioni.

Il diritto della liceità lascia ampio margine proprio alla libertà di com-

portamento, prevedendo qua e là vincoli che orientano siffatta libertà, anche perché gli stessi effetti prodotti dal comportamento lecito sono “positivi” per gli stessi soggetti che tengono siffatti comportamenti. Anzi, potremmo dire che proprio perché produttivi di effetti positivi, tali comportamenti sono valutati positivamente dall’ordinamento e dall’ordinamento quindi sono promossi e incentivati.

Il diritto della illiceità pone invece veri e propri sbarramenti alla libertà, vietando che determinati comportamenti offensivi si possano realizzare, e lo strumento per indurre a non tenere questi comportamenti è la conseguenza negativa della sanzione: proprio perché i comportamenti sono “negativi” in quanto compromettono interessi altrui, la reazione è altrettanto negativa. E mentre in tutte le branche del diritto convivono sia il diritto della liceità che quello della illiceità (si pensi nel diritto civile ai contratti, da un lato, e alla responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, dall’altro lato), il diritto penale si esaurisce interamente nel diritto della illiceità, è diritto costituito soltanto da illeciti.

Ciò premesso, a me pare che quello dei comportamenti leciti sia un diritto che si basa necessariamente sulla fiducia o dove comunque la fiducia è fisiologicamente destinata a prevalere, in quanto la fiducia sta alla base di questo diritto, ne è presupposto, lo compenetra, lo conforma, divenendo il diritto stesso un produttore di fiducia. A volte ci si chiede se il contratto si chiuda per vincere la sfiducia che si conserva nei confronti dell’altro: così, ad es., si è scritto «quando la fiducia viene tradotta nel linguaggio giuridico che è quello della calcolabilità e della prevedibilità dei rischi, essa smette di essere “fiducia”»¹. Altre volte nel contratto si vede un riporre la fiducia nell’altro: «ogni contratto, in quanto esito del *cum-venire*, postula, se non l’*amicitia* dei contraenti, certamente una condivisione di intenti, un *idem sentire*, accompagnato inevitabilmente da un rapporto fiduciario»².

Quale che sia la lettura che s’intende adottare, a ben vedere, alla base del contratto e, più in generale, di ogni diritto che disciplina comportamenti espressivi di libertà non può che esserci al fondo una dimensione fiduciaria: che sia il punto di arrivo oppure la base di partenza, di fiducia sempre si tratta. Certo, si mettono parole per iscritto in vista di una possibile contestazione futura (sintomo di sfiducia); quando si chiude un qualsiasi contratto si teme il rischio dell’inadempimento (altro sintomo di sfiducia); ma la stessa circostanza che il contratto venga chiuso, finisce per deporre a favore della fiducia, divenendo il diritto uno strumento per vincere le diffidenze e/o rafforzare la fiducia. Da altra prospettiva ancora, si può ritenere che nelle

¹ F. Riccobono, *Fiducia, fede, diritto*, «Parolechiave», 2009, n. 2, p. 134.

² U. Vincenti, *I fondamenti del diritto occidentale*, Roma-Bari, Laterza, 2010, p. 38.

dinamiche giuridiche della liceità prevalente sia il perseguimento del proprio interesse e che quindi al fondo vi sia una sorta di “finalismo utilitaristico” che più che indurre a riporre fiducia nell’altro, in qualche modo lo strumentalizza in funzione dei propri interessi. D’altra parte, alla fine, l’eventuale logica di strumentalizzazione passa necessariamente dal riconoscimento di un fisiologico margine di autonomia incompressibile di cui gode l’altro e al quale si finisce per dare credito, al quale non ci si può che affidare, a dimostrazione che sulla bilancia il peso che prevale è quello della fiducia.

Ma perché nel diritto della liceità c’è questa fiducia? In libertà si realizzano comportamenti che consentono a ciascuno di realizzare il proprio interesse e che quindi comportano un incontro di interessi. In libertà v’è una fiducia in se stessi e nei propri obiettivi, ma anche una fiducia nell’altro e più in generale una fiducia nell’incontro di sé con l’altro. Potremmo parlare di una fiducia che va oltre se stessi, basata non solo sulla possibilità di esprimersi e di costruire, ma anche d’incontrarsi con l’altro. Ancora più a fondo, nel diritto della liceità si scorge la dinamica relazionale che se conosce o addirittura muove dalla diffidenza, tuttavia alla fine approda e opta per la fiducia.

All’interno del diritto della liceità, il punto delicato diviene lo squilibrio di partenza tra le parti, quello che non a caso si chiama il rapporto di forza. È il punto delicato perché in esso si insinuano maggiormente elementi di sfiducia in un contesto di fondo fiduciario. Non solo la maggiore forza di una parte pone l’altra in una condizione di debolezza e vulnerabilità e quindi di maggiore strumentalizzabilità, ma è soprattutto la maggiore debolezza di una delle parti che crea le condizioni per una prevaricazione. La parte che già è forte, allorquando trova una parte debole, tende a imporre e a prevaricare, perché i margini di autonomia della parte debole si riducono; la parte debole tende, è costretta a subire. Dove c’è squilibrio di partenza, c’è maggiore sfiducia e il rischio è che la forza penetri nel diritto della liceità per plasmarlo. Ecco che si pone l’esigenza di una sorta di riequilibrio al fine di restituire fiducia al sistema. Al fondo emerge il tema dell’eguaglianza, la consapevolezza che il diritto della liceità è tale se la libertà si coniuga con l’eguaglianza. Qui si apre al grande tema del rapporto tra Leviatano ed eguaglianza con riferimento al diritto della liceità.

Ma non possiamo andare oltre. Ci limitiamo a registrare e segnalare che nel diritto della liceità la fiducia entra in crisi là dove alla partenza compare uno squilibrio di forze.

3. *Fiducia/sfiducia e diritto degli illeciti*

Problematiche di fiducia sorgono con il diritto degli illeciti. Il diritto degli illeciti si compone di precetti e sanzioni, di comportamenti che non si devono realizzare, poiché altrimenti si va incontro a conseguenze negative.

Entra in gioco strutturalmente la forza, la forza è fisiologicamente nel diritto. La forza è presente nell'aggressione, ma è presente anche nella reazione. Non è un caso che la spiegazione del diritto degli illeciti muova proprio dalla sanzione, che è coazione, forza, violenza e dal precetto che è altrettanto forza e offesa di beni e interessi. Comportamento aggressivo e offensivo vietato; sanzione minacciata, applicata ed eseguita.

Ebbene, a me pare che soprattutto con riferimento al diritto degli illeciti si sia di recente creato un confronto tra due linee di pensiero che merita la massima attenzione. Da un lato, v'è chi vede una sorta di incompatibilità e contrapposizione tra fiducia e diritto degli illeciti. Si è scritto: «far discendere l'obbligatorietà giuridica dell'adempimento dall'esistenza della sanzione elide ogni possibile riferimento alla fiducia nell'ambito del diritto»³; ed ancora, «una cultura della legalità non potrà saldamente stabilirsi se continuiamo a credere e a sostenere che il diritto fonda la sua forza normativa solo su un efficace sistema sanzionatorio»⁴. Si è parlato di modello sfiduciario, di machiavellismo giuridico, di paradigma del Leviatano che si basa al fondo su una sfiducia addirittura antropologica.

Dall'altro lato, v'è chi stempera questa contrapposizione. In realtà, non vi sarebbe incompatibilità e contrapposizione tra diritto degli illeciti e fiducia, ma nel diritto degli illeciti vi sarebbe compresenza di fiducia e sfiducia: «vedere alla radice del diritto la legge di fiducia non è un paradigma teorico contrapposibile a quello hobbesiano, che comporta compresenza di fiducia e sfiducia. È una compresenza feconda? La produzione di fiducia e/o sfiducia dipende dalla qualità dell'ordinamento, i suoi fondamenti etico-politici, la sua capacità ordinatrice»⁵.

Si tratta di un dialogo molto importante e fecondo, perché, come accennato all'inizio, consente di andare al cuore di alcune problematiche fondamentali della moderna penalità.

³ T. Greco, *La legge della fiducia. Alle radici del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2021, p. 46.

⁴ Ivi, p. 158 e, più diffusamente, l'intero VI capitolo da pagina 143.

⁵ D. Pulitanò, *Quale fiducia nel diritto criminale/penale?*, in *questo Volume*; ID., *Potere, diritto fiducia*, in AA.VV., *Tra principi del diritto penale e teoria generale del reato. Per Giovannangelo De Francesco*, Pisa, Pisa University Press, 2022, pp. 57 ss.

3.1. *Violenza e sfiducia verso la persona*

A me pare che entrambe le prospettive abbiamo una loro plausibilità.

Ha perfettamente ragione chi, muovendo dalla centralità che viene attribuita alla coazione e alla violenza, scorge nel paradigma del Leviatano un'ineliminabile, strutturale componente sfiduciaria: pietra angolare del paradigma del Leviatano è infatti senz'altro la violenza e la violenza non può che presupporre e produrre sfiducia.

In particolare, il carattere sfiduciario del paradigma del Leviatano si coglie non soltanto nell'idea che fa discendere l'obbligatorietà giuridica dall'esistenza della sanzione: questa ragione, più che condivisibile, è ancora riferibile al precetto e, anche là dove si valorizza al massimo il rapporto diretto del singolo destinatario con la norma, si colloca pur sempre in una prospettiva generalizzante e astratta del diritto a carattere comunque normativo, che non coglie ancora appieno la problematica assai più profonda del rapporto tra sanzione/violenza e fiducia/sfiducia.

Piuttosto, il carattere sfiduciario del paradigma del Leviatano sta nella violenza applicata ed esercitata, nella violenza concretamente praticata nei confronti della singola persona in carne ed ossa, unica e irripetibile. Ogni impiego di violenza, infatti, a nostro avviso, è necessariamente espressione di sfiducia: sfiducia di chi la pratica nei confronti di colui che la subisce e sfiducia di chi la subisce nei confronti di chi la pratica.

In particolare, 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). Nel momento in cui si compie esercizio di violenza, nel momento in cui si utilizza forza nei confronti di un soggetto, la "persona della persona" viene disconosciuta. Si parla di violazione della dignità, e questa idea si può accogliere, ma vorrei precisare subito che la dignità compromessa dalla violenza non è la dignità valoriale, ideale e astratta riferibile a un modello di uomo concretamente inesistente (prospettiva generalizzante), ma la dignità concreta unica e irripetibile della persona in carne ed ossa, esattamente la dignità di quella specifica persona comprensiva del suo senso di dignità a sé riferita (prospettiva personalizzante). Si dice che la persona viene degradata a mezzo e a strumento. Anche questo si può accettare. Ma occorre precisare che il procedimento va ben oltre la strumentalizzazione, perché la violenza determina un annientamento, un disconoscimento, direi un'intrinseca degradazione, mortificazione, umiliazione della persona. La prospettiva del mezzo/fine è ancora esterna alla persona, è un guardare alla vicenda dalla prospettiva dell'autore in rapporto con l'ordinamento. Occorre vedere dall'interno, dalla prospettiva di chi subisce violenza, sia essa vittima di reato o soggetto di pena, e la violenza

è mortificazione, degradazione, umiliazione personale, annientamento della persona all'interno della persona stessa.

Quale fiducia è possibile in un contesto di disconoscimento? Dalla parte di chi impiega violenza, la violenza è espressione di sfiducia nei confronti del destinatario. Ma sfiducia anche da parte di chi subisce violenza. Parlare di frattura, di ferita rende perfettamente l'idea. Cagiona una ferita chi aggredisce, ma cagiona una frattura anche chi in reazione esercita violenza ancorché legittima. Con la conseguenza che attraverso la violenza si rompe la dinamica relazionale di prossimità, si distanzia, si allontana, si separa, si divide, si esclude. L'esatto contrario di quel tendere all'incontro che caratterizza il diritto della liceità e più in generale la fiducia. La violenza rompe la fiducia e la ricostruzione della fiducia necessita di un percorso altro e ulteriore diverso dalla fiducia.

Ancora più a fondo si può scorgere addirittura un'identità sostanziale tra la violenza impiegata dall'aggressore e quella impiegata come reazione dallo Stato. Insomma, reato e pena sono entrambi esercizio di violenza, di una violenza che è *materialmente* identica a sé stessa. Da qui la differenza che si gioca sulla illegittimità della violenza del reato e la legittimità della violenza della pena. Differenza fondamentale, perché determina la distinzione tra ingiusto e giusto, ma differenza ancora una volta "generalizzante" e di sistema che trascura quanto di concreto ed effettivo accade.

Ed infatti, il carattere di legittimità della violenza reattiva esercitata riguarda primariamente l'ordinamento con riferimento al potere di esercitare violenza nei confronti dell'autore, ma finisce per essere estraneo all'autore, come anche alla vittima. Non solo la "legittimità" non è in grado di eliminare la violenza che si pratica sull'autore, ma non è in grado nemmeno di sopperire e compensare il disconoscimento della persona dell'autore reo nei cui confronti la violenza viene esercitata, né di determinare un riconoscimento nei confronti della vittima. Insomma, la legittimità della violenza dirà che nel momento in cui un soggetto ha cagionato un male non può che subire il male, giustificando così il male che si sta infliggendo in una logica di corrispondenza, ma, da un lato, la vittima, non vedrà alcun beneficio e vantaggio in ordine al disconoscimento che ha subito; dall'altro lato, l'autore non potrà che vedere nel male proveniente dall'esterno soltanto che male, ancorché si tratti di male legittimo dalla prospettiva dell'ordinamento.

Ma soprattutto, sarà difficile che attraverso il male, che è disconoscimento della sua persona, il reo possa appropriarsi delle ragioni di legittimità. Insomma, sembra esistere una sorta di iato, di frattura, di cortocircuito tra violenza e il percorso di "recupero" del reo che la penalità dovrebbe realizzare. A ben vedere, una giustificazione del male reattivo nei confronti del singolo si ottiene soltanto attraverso una logica della espiazione, che porta a una revisione interiore dell'esistenza passata e quindi a una "rigenerazione",

logica che, tuttavia, anche là dove si ritenesse compatibile con un ordinamento laico, non si riesce a verificare, costituendo un percorso che si esaurisce interamente nella personalità/spiritualità dell'autore. Con la conseguenza che un male che proviene dall'esterno, ancorché legittimo, è sempre un male che ha in sé il germe dell'ingiustizia in ragione del disconoscimento della persona che esso produce e dell'incompatibilità con un "lavoro" autentico sulla persona.

Quanto detto si coglie molto bene quando all'interno del diritto penale, una volta valorizzata la rieducazione proprio per giustificare l'afflizione del male nei confronti della persona in carne ed ossa, si passa ad analizzare il rapporto che intercorre tra rieducazione e afflizione scorgendovi una sostanziale contraddizione. Insomma, come può un ordinamento insegnare, a chi commette violenza, a non commettere violenza, mediante la violenza? Come può un ordinamento invitare il reo a riconoscere la persona disconosciuta con il reato mediante il disconoscimento della sua persona? Rieducazione non può che essere dialogo, ma non può esservi dialogo là dove c'è violenza: difficile credere che dopo aver dato un paccone al figlio, gli si possa poi spiegare che non deve tirare i capelli alla sorellina. Non solo, ma proprio in ragione della violenza, la rieducazione è una funzione che ha in sé ineliminabili rischi di strumentalizzazione, per cui non solo si cerca di imporre valori mediante la violenza, ma soprattutto si tende a impiegare una violenza spesso eliminativa senza limiti, in virtù della mancata adesione del soggetto ai valori imposti, giungendosi a configurare quella tremenda e implacabile equazione secondo cui la mancata rieducazione equivale a pericolosità. Ecco che non è la rieducazione che può spiegare l'afflizione, mentre è l'afflizione che viene trasformata dall'idea di rieducazione inducendo a pensare altri modi di punire non più basati sull'afflizione o comunque sulla minore afflizione possibile o su altri tipi di afflizione.

Per non parlare poi del sistema preventivo, dove la violenza viene praticata in assenza di illecito, ma soltanto in ragione di una proiezione che è tutta un'invenzione o addirittura di un mero sospetto.

Insomma, se si esce da una prospettiva generalizzante e si entra in una prospettiva che guarda alle persone in carne e ossa, la violenza permane in tutta la sua violenza. E l'esercizio della violenza si basa sulla sfiducia e non può che comportare sfiducia.

3.2. *Violenza e fiducia della collettività*

D'altra parte, precisato che il paradigma che si basa sulla coazione è strutturalmente sfiduciario nella prospettiva individualizzante che coinvolge direttamente la persona, ci si rende conto che esso non è soltanto ed esclusi-

vamente sfiduciario, poiché attraverso la dinamica sanzionatoria sfiduciaria rivolta nei confronti del singolo scaturiscono momenti di fiducia collettiva. E in questa prospettiva non si può non condividere chi parla di compresenza di fiducia e sfiducia nel paradigma del Leviatano: proprio la violenza sfiduciaria esercitata nei confronti della singola persona è destinata a generare fiducia nella collettività.

Non solo, ma come vedremo meglio in seguito, l'ordinamento non può fare a meno di questa violenza. Già in astratto non può esistere un precetto senza la minaccia di una sanzione. Inoltre, e conseguentemente, davanti all'illecito, alla violazione, alla violenza aggressiva che è per prima disconoscimento della persona, non si può che reagire, costituendo l'indefettibilità della reazione una componente fondamentale del funzionamento del sistema: sempre come vedremo, il vero tema diviene in cosa debba consistere questa reazione, se nella violenza minacciata oppure anche in qualcosa di diverso o comunque più attenuato. Infine, ancora una volta come vedremo, non solo tutto il diritto degli illeciti, ma anche lo stesso diritto della liceità finisce per chiudersi necessariamente con la violenza e quindi la violenza è componente addirittura ineliminabile dell'intero ordinamento, di tutto il diritto, del diritto *tout court*.

D'altra parte, è proprio grazie a questa violenza sfiduciaria esercitata sul singolo che la generalità dei consociati finisce per avere fiducia nel sistema. Anche perché la mancata persecuzione, punizione, repressione mediante violenza, vale a dire ciò che si definisce impunità, non solo determinerebbe una minore effettività e quindi una minore efficacia del sistema, ma aprirebbe addirittura alla voragine dell'ingiustizia, alla accettazione della prevaricazione, diminuendo quindi la fiducia collettiva.

Ecco allora emergere l'enorme e autentico paradosso del Leviatano: da un lato, la violenza presuppone e produce sfiducia nei confronti del singolo che la subisce; dall'altro lato, proprio grazie a questa violenza sfiduciaria, si crea fiducia nella generalità dei consociati.

Si potrebbe parlare di una duplice prospettiva della violenza: quella individualizzante/personalizzante e quella generalizzante/collettiva. Nella prospettiva individualizzante, la violenza praticata, applicata sul corpo delle persone genera sfiducia; nella prospettiva generalizzante, la violenza non solo minacciata, ma anche esercitata nei confronti del singolo genera fiducia. Con la conseguenza che non solo fiducia e sfiducia sono compresenti, ma addirittura che non può esserci fiducia generalizzante senza sfiducia individualizzante.

Interessante osservare come la fiducia generalizzante, che confida sulla violenza scaricata sul singolo, sia prodotta, in realtà, più dalla minaccia astratta della violenza che dal vero e proprio esercizio effettivo e tangibile della violenza: è la mera minaccia a prescindere dal suo effettivo esercizio

che genera fiducia. Ma minaccia astratta della violenza altro non è che intimidazione e paura, quindi fiducia generalizzante mediante paura derivante da violenza. Si potrebbe dire che “il momento hobbesiano” che determina uno “spostamento di paura”, dalla paura derivante dallo stato di natura, alla paura dello Stato (un ennesimo spostamento, simile a quello che avviene con la violenza dalla vendetta allo Stato), ha alla sua base la violenza nella sua potenzialità, nella sua possibilità di essere in ogni momento attivata. Ancora più a fondo, si potrebbe dire che la collettività ha fiducia nel sistema, sia perché, se la violenza viene praticata, viene praticata (scaricata) nei confronti del singolo; sia perché in realtà l’esercizio effettivo della violenza non si vede e non si conosce; sia perché viene minacciata una violenza che si ritiene sempre che non possa mai toccare a se stessi ma agli altri, inducendo quindi a reclamarla. Se, riguardo al carcere, Calamandrei scrisse: “bisogna aver visto”; con riferimento alla logica punitiva della violenza reattiva, si potrebbe dire: “bisogna aver provato”.

4. Al cuore del Leviatano: fiducia collettiva mediante violenza esercitata sulla persona

Se quanto detto fin qui ha una sua plausibilità, non ci possiamo limitare a registrare questo stato di cose, questo paradosso del Leviatano ed accontentarci del pensiero che attraverso questo paradosso si è in grado di raggiungere ampi margini di fiducia collettiva e pacificazione sociale. Risultato importantissimo, direi fondamentale, ma altrettanto fondamentale è farsi carico della circostanza che questo risultato è raggiunto a scapito del singolo, che la violenza concreta esercitata sul singolo ha in sé un qualcosa di male, non soltanto in termini di strumentalizzazione, ma anche in termini di violenza in sé. Insomma, in virtù del raggiungimento della pace collettiva non possiamo trascurare la tragicità e la sfiducia della violenza esercitata nei confronti del singolo.

Ecco che, se vogliamo riequilibrare il paradigma del Leviatano in termini di maggiore diffusione della fiducia, occorre porre attenzione proprio sul momento individualizzante della violenza, occorre passare dalla prospettiva generalizzante a quella individualizzante, dallo Stato e dalla società all’individuo e alla persona. Il tema diviene quindi non solo e non tanto “perché si punisce” (prevenzione generale, retribuzione, prevenzione speciale), ma “per chi si punisce”: per la generalità oppure per i diretti protagonisti della vicenda criminosa? Insomma, la domanda “perché si punisce”, che di solito ci si pone, è, a ben vedere, una domanda posta ancora una volta dalla prospettiva generalizzante e offre risposte dalla prospettiva generalizzante. La domanda “per chi si punisce” consente invece di cambiare angolo visuale e di rimettere

al centro della riflessione il singolo, la persona, il diretto protagonista della violenza, sia in termini di autore che di reo.

Detto in altri termini, non solo il Leviatano ha il rischio dell'eccesso e dell'autoritarismo, ma il Leviatano che non eccede e che resta legittimo, si basa comunque su un meccanismo di violenza e di strumentalizzazione del singolo che se genera fiducia nella generalità, esprime e genera sfiducia nel singolo e di ciò non possiamo non farci carico.

Ecco che se nel Leviatano le ragioni del punire muovono dalla società, tuttavia occorre riportare al centro la persona. Insomma, anche quando il Leviatano è incatenato, proprio grazie a questo meccanismo, il Leviatano può tendere comunque ad alcuni pericolosi eccessi, come dimostrato dalle odierne politiche del populismo penale sulle quali ci soffermeremo a breve.

5. I modelli di penalità tra fiducia collettiva e sfiducia verso la persona nei cui confronti è esercitata la violenza

Sulla base delle dinamiche della fiducia/sfiducia, a me pare si possano distinguere addirittura cinque modelli di penalità: abolizionismo, autoritarismo, garantismo, populismo e personalismo.

Il modello dell'abolizionismo lo possiamo considerare totalmente fiduciaro nella prospettiva individualizzante, perché addirittura supera la violenza, ma, come vedremo, è destinato a compromettere la stessa fiducia generalizzante. In estrema sintesi, nella prospettiva abolizionista si ipotizza che la stessa giustizia punitiva basata sulla violenza possa essere sostituita da un'altra forma di giustizia consensuale o mediativa non più basata sulla violenza, bensì su un percorso di riavvicinamento interpersonale tra i protagonisti della vicenda criminosa e dall'assunzione di impegni nei confronti dell'altro, ricostituendo così la fiducia che attraverso l'aggressione è stata compromessa. Modello, come vedremo, se realizzato nella sua purezza, non soltanto utopico, ma addirittura destinato a generare sfiducia collettiva, se non addirittura a rischio di vera e propria ingiustizia: insomma, bene operare per ridurre o addirittura superare alcune forme di punizione, ma difficile, se non impossibile, eliminare non solo il concetto di punizione, ma addirittura la stessa violenza che vi è alla base (dare a Cesare quel che è di Cesare ...).

L'impossibilità di questo modello conferma l'attuale ineliminabilità del paradigma del Leviatano, e quindi l'impossibilità di prescindere dalla violenza ovvero l'impossibilità di prescindere da un sistema che genera fiducia collettiva mediante sfiducia individuale. E tutti gli altri quattro modelli si muovono all'interno di questa logica del Leviatano.

Il modello autoritario è un modello totalmente sfiduciaro, sfiduciaro non solo nella prospettiva individualizzante, ma alla fine anche in quella

generalizzante, considerato l'esercizio arbitrario e illimitato della violenza. E se si considera che quello autoritario può essere considerato il modello agli antipodi di quello abolizionista, appare evidente come davvero alla fine gli estremi si tocchino. Poiché il Leviatano non viene incatenato, i detentori del potere politico utilizzano il potere punitivo e la violenza senza limiti, con la conseguenza che la violenza diviene strumento di oppressione e prevaricazione, in quanto esercitata in modo illegittimo, generando così sfiducia da parte della società nei confronti dello Stato. Divenendo eccessiva e arbitraria, la violenza viene praticata illegittimamente non solo nei confronti del singolo autore, ma anche nei confronti di innocenti che esercitano libertà sol perché esprimono dissenso, con la conseguenza che la dimensione sfiduciaria penetra anche nella prospettiva generalizzante. Nella prospettiva autoritaria si potrebbe dire che non si punisce più per la società, ma per lo Stato o, meglio, per i detentori del potere punitivo e per gli accoliti di tale potere.

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.

All'interno del costituzionalismo, con riferimento alle dinamiche della fiducia/sfiducia si possono delineare tre modelli ulteriori. Tutti e tre si basano non solo sul paradosso del Leviatano, dove la violenza/sfiducia individualizzante è indispensabile per ottenere la fiducia generalizzante, ma anche sui limiti al potere punitivo dello Stato e quindi su un Leviatano incatenato. Tuttavia, tali modelli differiscono – per così dire – sul modo di concepire la violenza e quindi nella distribuzione della fiducia.

In particolare, il modello garantista liberale, tradizionale e classico, spinge per un equilibrio tra violenza individualmente praticata e fiducia collettiva prodotta. La violenza praticata è necessariamente sorvegliata, poiché diversamente si determinano eccessi punitivi destinati a minare i diritti umani. Attraverso una violenza sorvegliata si genera quella fiducia indispensabile per la convivenza collettiva. Mi si permetta di dire che questo modello a me pare perfettamente delineato dal pensiero di Domenico Pulitanò anche come espresso in questo volume. In estrema sintesi, questo pensiero si caratterizza per i limiti del costituzionalismo, ma anche per una fiducia nel legislatore nell'operare con responsabilità e quindi su una violenza tutto sommato media, ragionevole, controllata, potendosi osservare come i paradossi della violenza praticata siano individuati, ma non troppo indagati. E questo pensiero ha trovato anche piena attuazione nella storia della nostra legislazione penale repubblicana finché non è iniziata la stagione emergenziale sulla quale si è innestata poi la recente stagione del populismo, stagioni che non solo hanno

affiancato al modello garantista un modello che ha in sé i tratti dell'autoritarismo, ma che ha finito poi per penetrare, condizionare e inquinare lo stesso modello garantista.

Il modello fiduciario/sfiduciario populista si caratterizza invece per la circostanza che per continuare a ottenere fiducia generalizzante non si esita a marcare la violenza/sfiducia individualizzante, enfatizzando così la violenza penale scaricata nei confronti dell'individuo in una logica che a ben vedere ha in sé addirittura quella del capro espiatorio. In questa prospettiva, sul fronte delle ragioni del punire si continua a valorizzare la società non soltanto per generare fiducia trasformata ormai in una logica di sicurezza, ma addirittura per acquisire consenso, mentre l'individuo non solo resta necessariamente in secondo piano, ma viene addirittura strumentalizzato per rafforzare la sicurezza dei consociati, con la conseguenza che in termini concreti si mantiene un alto livello di violenza esercitata: insomma, la violenza nei confronti del singolo non accenna a diminuire, ma anzi la si incrementa il più possibile. Portato all'eccesso, come vedremo, il populismo penale finisce addirittura per essere una strategia politica diretta ad aprire un conflitto aperto con il costituzionalismo.

Infine, v'è un modello fiduciario/sfiduciario che pone al centro la persona, dove se si persegue sempre l'obiettivo della fiducia generalizzante, tuttavia ci si fa carico anche della sfiducia individualizzante che quindi si vuole diminuire il più possibile. Insomma, il personalismo tende a eliminare il più possibile quella violenza individualizzante di troppo che genera sfiducia nella società, ma sfiducia del singolo e nel singolo. In questa prospettiva, le ragioni del punire se non si spostano dalla società all'individuo, tuttavia attenzionano sempre di più la persona che subisce violenza ovvero il tipo di punizione concreta ed effettiva che si pratica nei confronti del singolo e della sua persona. Insomma, mentre il populismo impiega la struttura escludente del diritto penale per spaccare ancora di più la società, il personalismo vuole ridurre la logica escludente del diritto penale per unire il più possibile la società.

5.1. *Il modello abolizionista*

La prospettiva abolizionista ritiene possibile superare lo stesso impiego della violenza. Non solo la violenza del penale, ma anche la violenza sanzionatoria in generale, vale a dire la violenza reattiva che viene praticata come risposta a qualsiasi illecito, perché, a ben vedere, non solo nel diritto penale, nel diritto degli illeciti *tout court*, ogni illecito si chiude con la violenza, mentre la logica riparativa/consensuale disinnescava la violenza *tout court*.

Quanto detto si comprende molto bene mettendo in evidenza la differenza che intercorre tra il concetto di "riparativo" privo di violenza e il concetto di "riparatorio" in cui la violenza ancora permane. Ed infatti, nella dimensio-

ne riparativa si assiste a un percorso relazionale il cui esito è l'assunzione di impegni rispetto ai quali non v'è una forza che si attiva in caso di inadempimento, con la conseguenza che, se a seguito dell'assunzione di impegni, tali impegni non sono onorati, è lo stesso percorso ed esito riparativo che falliscono, mentre nessuno può costringere alcuno ad adempiere. Diversamente, la stessa dimensione riparatoria si basa sulla violenza, perché là dove un soggetto non adempie alla prestazione dovuta, si può attivare la giustizia pubblica il cui esito finale può arrivare all'impiego della forza/violenza per costringere all'adempimento.

Si tratta di un aspetto di grandissima rilevanza, perché mostra non solo come il nostro intero ordinamento sia basato sulla violenza, ma che la violenza è alla base di tutto il diritto: insomma, in termini più o meno diretti il diritto *tout court* si basa sulla violenza e ha al fondo la violenza, mentre la logica riparativa disinnescava la violenza *tout court*.

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. Vedremo che, attraverso il personalismo, vi sono margini anche ampi per iniettare in un sistema basato sulla violenza momenti di giustizia riparativa e quindi di non violenza, ma sempre in un contesto che alla fin fine resta diritto basato sulla violenza.

Perché non si può prescindere dalla violenza? Anzitutto, per una ragione semplicemente politica e pragmatica. Non penso che, soprattutto oggi, alcuna forza politica sarebbe disponibile a imbastire un ragionamento che porti alla dissoluzione della logica del Leviatano, anche perché è indubbio che se il Leviatano ha in sé rischi di autoritarismo, se inserito nel costituzionalismo non solo consente limiti, ma anche pace sociale e convivenza.

In secondo luogo, da un punto di vista più strettamente normativo, non può esserci precetto senza sanzione. Nel momento in cui un ordinamento intende esprimere una "tavola di valori" condivisi, questa tavola di valori non può che essere sigillata mediante la prospettazione di una sanzione e quindi di un male e quindi di violenza. Che la tavola dei valori debba essere definita è indubbio, perché attraverso di essa si stabilisce chi ha ragione e chi ha torto, il male e il bene, le regole della convivenza. Ma altrettanto indubbio è che questa tavola dei valori si esprime mediante precetti che necessitano di una sanzione. Insomma, difficile immaginare un precetto rispetto al quale non si prevede una sanzione. La stessa identificazione dell'illecito passa attraverso la minaccia della sanzione che implica coazione e c'è da ritenere che l'ordinamento si dissolverebbe là dove annunciasse valori prospettando l'impunità.

Ma soprattutto, in assenza di violenza non si chiuderebbe il sistema. Se, come abbiamo visto, la prospettiva riparativa si caratterizza per un percorso spontaneo e per l'assunzione di impegni il cui adempimento è ancora rimesso

alla spontaneità dei soggetti, ebbene, da un lato, non è detto che tale percorso sia intrapreso; dall'altro lato, una volta intrapreso, può sempre fallire, o perché non si chiude il percorso, oppure perché il percorso si chiude, si assumono gli impegni ma poi gli impegni non vengono adempiuti. Ecco che la logica riparativa che si sostituisce interamente a quella punitiva/sanzionatoria avrebbe in sé il rischio di generare addirittura ingiustizia, per cui chi ha subito il torto, resterebbe nella sostanza senza una risposta.

Ecco la necessità del Leviatano di cui abbiamo del resto già parlato quando abbiamo detto che sono nella ragione anche coloro che parlano di una compresenza di fiducia e sfiducia.

5.2. Il modello autoritario

Il ragionamento si sposta sul Leviatano e quindi sugli altri quattro modelli che si basano sul Leviatano, sull'illecito, sulla violenza, sulla compresenza di fiducia e sfiducia. Modelli che sono strutturalmente sfiduciari proprio perché si basano sulla violenza praticata nei confronti del singolo, ma fiduciari, perché grazie a questa violenza sul singolo producono fiducia nella collettività.

Modello massimo di violenza, dove in realtà la fiducia scompare anche a livello generalizzante, è quello autoritario, che non conosce limiti, per cui alla fine si compromette anche la fiducia collettiva sul piano generalizzante. Il modello autoritario fa leva sulla violenza e la rende talmente presente da andare a incidere sulla stessa fiducia della dinamica generalizzante. Il Leviatano si erge senza catene impiegando la violenza senza limiti, giungendo così a produrre non più paura, ma addirittura terrore.

La punizione non è più né per l'individuo, ma nemmeno per la società, è per lo Stato, meglio ancora per il detentore del potere politico-punitivo che lo sta esercitando, per la parte che governa. Si sacrifica l'individuo, ma anche la stessa società.

Ecco emergere l'esigenza del costituzionalismo, che pone limiti ai detentori del potere, contrapponendo individuo e società allo Stato ed evitando che il tutto si esaurisca nello Stato. Grazie al costituzionalismo è possibile riporre fiducia nello stesso Leviatano, nello Stato, proprio perché il Leviatano viene incatenato.

5.3. Il modello populista

Rinviando per il modello garantista al saggio magistrale di Domenico Pulitanò pubblicato in questo fascicolo, qui mi vorrei soffermare sul populismo penale e sul personalismo.

Molto si è scritto sul populismo penale mettendone in evidenza alcuni

caratteri. Anzitutto, è la politica, complici i mass media, a fomentare diffidenza, paura, fino al risentimento e all'odio anche mediante la strumentalizzazione delle vittime. Così come è la politica a dare sfogo alle istanze di vendetta espresse dalla società, in un circolo vizioso che può generare soltanto una spirale che accresce la logica della violenza. Ecco che il populismo penale viene identificato con l'approccio al problema del contrasto alla criminalità/devianza in chiave di severità punitiva o comunque di estensione del punitivo e della cultura punitiva: populismo penale sarebbe il diritto penale espressione di politiche di "più penale", sia in termini di innalzamento delle comminatorie edittali che in termini di previsione di nuovi fatti di reato da punire. Infine, la prospettazione di violenza e il suo impiego, appagando le istanze di vendetta espresse dalla società, divengono strumenti per ottenere consenso politico. In questa prospettiva, non si tratta solo di rispondere alla richiesta del popolo di più penale, ma anche di dare più penale proprio per ottenere più consenso elettorale: insomma, l'accanimento su stranieri e delinquenti fa vincere le elezioni.

Vero tutto questo, a me pare però che il populismo di oggi sia qualcosa di più e la prospettiva della fiducia/sfiducia consente di metterlo bene in evidenza. In particolare, a me pare che l'odierno populismo costituisca una vera e propria strategia politica con finalità ben definite di cui lo stesso diritto penale e, più precisamente, la violenza carceraria è componente strutturale.

Anzitutto, partiamo dall'obiettivo finale consistente nell'aprire uno scontro frontale con il costituzionalismo. Il populismo attuale tende a promuovere politiche che si pongono in conflitto con i nostri principi costituzionali o che sono addirittura deliberatamente costituzionalmente illegittime, rispetto alle quali intende ottenere consenso e legittimazione popolare. Una volta che il consenso è stato ottenuto, tali politiche non si possono che attuare in virtù del mandato del popolo, generando così uno scontro frontale tra politica legittimata ma costituzionalmente illegittima e costituzionalismo che invece ribadisce limiti invalicabili alla politica illegittima ancorché legittimata. Non esito ad affermare che il progetto sia potenzialmente e subdolamente eversivo dell'ordine costituzionale nel momento in cui s'intendono abbattere i limiti alla politica che caratterizzano il sistema costituzionale.

In secondo luogo, netta la logica amico/nemico, la distinzione/separazione tra chi sta dentro e chi sta fuori, per cui amici sono coloro che condividono il progetto, mentre nemici sono coloro che non condividono il progetto, logica che in termini penalistici si declina come criminalizzazione di determinate categorie: stranieri, minori, dissidenti. Il populismo si coniuga quindi con il paradigma del diritto penale del nemico che muove dalla persona o meglio dall'etichettamento, giungendo a identificare il nemico con lo stesso delinquente in quanto tale, con colui che si pone contro la legge, contro le regole.

Ecco che, il diritto penale e più in generale la violenza carceraria diven-

gono parte fondante di questa strategia. Da un lato, si assiste a un'enfaticizzazione della violenza quale strumento di esclusione e di consenso: è proprio l'impiego del diritto penale e più in generale della violenza carceraria a determinare la separazione/esclusione e che consente al potere di collocarsi dalla parte del popolo che deve essere difeso dalla minaccia del delinquente, generando così fiducia nella collettività.

Dall'altro lato, il populismo elabora una retorica che si appropria di argomenti che sottraggono possibilità di contro-argomenti determinando così una legittimazione assoluta. Ogni politica sta dalla parte del popolo, è per il popolo, rafforza il popolo, anche se dietro nasconde obiettivi diametralmente orientati ad accentrare poteri e ad andare contro il popolo. Sui temi cruciali ci si colloca dalla parte della politica illimitata che fa gli interessi del popolo: violenza nei confronti del delinquente; no tassazione dei contribuenti; pace anche quando si tratta di difendersi dalle aggressioni.

Insomma, il populismo di oggi tende a strumentalizzare la violenza nei confronti del singolo "delinquente" per difendere il popolo e dimostrare che si sta dalla parte del popolo. Anche perché nel dibattito politico stare dalla parte della violenza nei confronti del "delinquente" significa eliminare argomenti a chi tenta di tutelare il "delinquente", perché chi avanza principi per tutelare il delinquente viene considerato il difensore del delinquente e contro il popolo. Insomma, nel momento in cui si crea penale si crea il singolo sul quale si scarica la violenza ed essere contro il singolo significa essere dalla parte del popolo, mentre portare avanti argomenti che sono a tutela del singolo significa essere contro il popolo.

L'odierno 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, l'attuale 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.

Ecco che il populismo strumentalizza il meccanismo di violenza punitiva verso il singolo che produce fiducia collettiva e lo strumentalizza in modo, per certi aspetti, irresponsabile, proprio perché orientato allo scontro diretto tra legittimazione e legittimità.

Ancora più a fondo, mezzo indispensabile per il populismo penale di oggi è la pena carceraria. È proprio questo tipo di pena che infatti separa e divide, che rassicura ed esclude, dando fiducia alla collettività attraverso la strumentalizzazione del singolo. Il carcere è la pena del populismo penale proprio perché consente di punire non per la società, ma per il popolo, inteso come valore collettivo assoluto da tutelare, e contro il delinquente sul quale si scarica tutta la violenza possibile.

Qui si aprono grandi scenari che non possiamo nemmeno sfiorare. Potrà

il costituzionalismo reggere a questo impatto? Potrà il costituzionalismo reggere quando una democrazia deliberatamente illiberale lo assalta e lo mette in discussione frontalmente e strutturalmente? Anche perché il rischio è che si venga a creare uno scontro frontale tra politica e Corte costituzionale.

Difficile che al populismo penale possa dare una risposta il garantismo penale, perché il garantismo penale valorizza il legislatore, “investe” sul legislatore, e quindi sulla politica ma se il populismo penale politicamente governa è perché il garantismo penale è stato politicamente sconfitto. Insomma, il garantismo penale è un’istanza politica fondamentale perché si basa sui principi di garanzia, ma il garantismo valorizza ancora il legislatore che tuttavia è democrazia, quindi politica. Garantismo penale e populismo penale sono entrambi espressione di democrazia e la democrazia si gioca sul fronte politico.

Per troppo tempo, anche in questo periodo di costituzionalismo, si è continuato a identificare la democrazia con le garanzie, mentre la democrazia non è garanzia, potendo determinare vera e propria prevaricazione. Se il fascismo significò impiego di fatto di violenza per la conquista del potere assoluto, il populismo è impiego “di diritto” di violenza per la conquista del potere assoluto, perché poi alla fine si aprirà la partita dello scontro diretto tra populismo ovvero democrazia autoritaria e costituzionalismo. Insomma, il populismo è per una politica illimitata e la conquista di questa politica illimitata si realizza anche mediante l’enfatizzazione della violenza.

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.

Non solo, ma ciò che può limitare il populismo non è tanto il costituzionalismo dei principi che attengono alle opzioni politiche e ai poteri, ma piuttosto il costituzionalismo che attiene ai diritti e ai principi a tutela della persona, ai diritti umani e ai principi letti alla luce del personalismo. Insomma, il populismo si può disinnescare attenuando la violenza e, là dove possibile, addirittura eliminandola: attenuazione o eliminazione della violenza che sono rese possibili dalla valorizzazione della persona.

5.4. Il modello personalista: un altro modo di punire

Se ci si pensa bene, il personalismo è il grande prodotto del nostro costituzionalismo, vale a dire la centralità della persona in carne ed ossa. E

non è un caso che i nostri costituenti lo abbiamo posto al centro del nuovo ordinamento.

Ebbene, l'aspetto decisamente interessante è che il personalismo costituisce un meccanismo che consente di disattivare la violenza e la strumentalizzazione della violenza praticata – per così dire – a livello democratico.

Se infatti si pone al centro la persona e quindi si guarda alla logica punitiva dalla prospettiva della persona, ci si rende conto che problematica diviene la stessa violenza, la stessa afflittività. Insomma, la domanda che sorge spontanea è: ma davvero attraverso il carcere si sta punendo per la persona destinataria di quella violenza?

Ecco emergere un modello di Leviatano caratterizzato sempre dalla compresenza di sfiducia fiducia che tuttavia riduce il più possibile la sfiducia prodotta dalla violenza, o meglio la violenza che esprime e produce sfiducia verso il singolo, senza andare però a compromettere la fiducia della collettività. Insomma, è possibile un modello di compresenza dove tuttavia a prevalere finisce per essere la dimensione fiduciaria proprio perché si porta fiducia anche nella prospettiva individualizzante attraverso una diminuzione della violenza.

Qui emerge con forza la prospettiva personalistica, che pone al centro la persona come destinatario del diritto penale. Certo, si punisce anche per la società, ma non si può trascurare il singolo. Ecco che la dimensione punitiva è calibrata anche, se non addirittura, prima sul singolo e poi sulla collettività. Si tratta di un completo ribaltamento di prospettiva.

Ebbene, la recente riforma Cartabia si è spinta esattamente su queste nuove frontiere. Se infatti, obiettivo del personalismo costituzionalmente orientato è di disattivare il più possibile la violenza, la riforma Cartabia ha perseguito questo obiettivo secondo due diverse direttrici che necessitano di essere battute.

Da un lato, la prima direttrice è andata nel senso della diminuzione della afflittività e quindi della diminuzione del carcere investendo sulle alternative al carcere a cominciare dalle pene sostitutive. Il problema del carcere non è soltanto il suo sovraffollamento, non è soltanto la sua modalità di gestirlo, ma la sua essenza caratterizzata da cattività in assenza di controllo, che significa struttura totale, come anche illegalismo e violenza in piena contraddizione con quella legalità alla quale gli incarcerati dovrebbero essere ricondotti.

Coloro che parlano di carcere pensando di correggerlo non sanno dell'inferno di cui stanno parlando. L'unico modo per combattere il carcere, nell'impossibilità, al momento, di eliminarlo, è di ridurlo il più possibile.

Ma si può punire senza carcere? Certo che si può punire senza carcere. La cultura carcerocentrica 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.

Quanta responsabilità epocale ha avuto la politica allorquando ha rinunciato a prevedere pene alternative al carcere in sede di comminatoria edittale. Interessante osservare poi come là dove diminuisce il carcere diminuisce anche lo Stato, mentre riaffiora la società (direi addirittura la città) come luogo dove si eseguono le pene in libertà.

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.

Domenico Pulitanò

Quale fiducia nel diritto criminale/penale?

1. *Fiducia e deterrenza*

1.1. Vedere alle radici del diritto la legge della fiducia¹ non è un paradigma teorico contrapponibile a quello centrato sulla deterrenza legale. Il paradigma hobbesiano mette a fuoco la struttura del sistema, comune al diritto penale liberale e a quello di Stati autoritari o totalitari. Il tema della *fiducia dei consociati* mette a fuoco problemi etico-politici relativi alla qualità dell'ordinamento giuridico. Deterrenza e fiducia possono essere viste come due facce dei medesimi problemi.

È la dimensione precettiva il primo problema per la costruzione normativa del diritto penale. La definizione dantesca del diritto (*hominis ad hominem proportio quae servata servat societatem et corrupta corrumpit*²) riguarda il dover essere del diritto (*impossibile est jus esse, bonum communem non intendens*), non la realtà di ordinamenti giuridici positivi. Centra il problema che in linguaggio moderno formuleremmo come tensione fra diritto positivo e giustizia.

La fiducia che il diritto criminale/penale offre è legata alla qualità (buona o meno buona) dei precetti. Per una buona (affidabile) convivenza sociale sono necessari sia l'effettività del potere (la capacità di tutela) sia limiti garantisti del potere del Leviatano.

Il principio di legalità impone al legislatore di *formulare norme concettualmente precise sotto il profilo semantico della chiarezza e dell'intelligibilità dei termini impiegati (linguisticità come forma del diritto*³) e anche (*deve logicamente ritenersi implicito*) *l'onere di formulare ipotesi che esprimano*

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

² Dante, *Monarchia*, II, §. V.

³ N. Irti, *Riconoscersi nella parola*, Bologna, il Mulino, 2020.

*fattispecie corrispondenti alla realtà*⁴. Secondo aspetto del principio di legalità è il principio di colpevolezza. Così lo ha definito la Corte costituzionale italiana nella sentenza n. 364/1988, che ha dichiarato l'illegittimità parziale dell'art. 5 c. p. nella parte in cui escludeva la possibilità di invocare a scusa l'errore *inevitabile* sulla legge penale. La legalità e la riconoscibilità del messaggio normativo sono un garantismo *minimale*: presupposti necessari (non di per sé sufficienti) della capacità ordinatrice del sistema e della fiducia dei consociati.

1.2. “*Ci vuole uno Stato forte per combattere la violenza, far rispettare le leggi e fornire servizi pubblici indispensabili per garantire alle persone la possibilità di fare scelte e portarle avanti. Ci vuole una società forte e mobilitata per controllare e incatenare uno Stato forte*”. Questo il modello presentato da due studiosi americani (non giuristi) sulla base di un'analisi storica delle democrazie che hanno avuto successo, a partire dall'Atene antica fino alle moderne democrazie liberali⁵.

La dimensione precettiva del diritto criminale rispecchia la natura politica degli Stati, il livello di garantismo è legato alla natura dell'ordinamento giuridico complessivo, su una scala che va dalle migliori democrazie liberali ad ordinamenti più o meno decenti⁶, fino ad azzerarsi nelle peggiori tirannie. Sono eredità dell'illuminismo liberale il *potere pubblico limitato*⁷, il *linguaggio dei diritti dell'uomo* e una morale fondata sul *postulato etico dell'uguaglianza universale dei diritti dell'uomo*⁸.

I confini del diritto criminale sono problemi di giustizia in senso forte. Giustizia di regole della convivenza: precetti eticamente ineccepibili, ragionevoli cause di giustificazione, ragionevoli criteri d'imputazione personale. Di tutto questo si interessa la teoria del reato, prodotto significativo della cultura giuridica moderna.

1.3. La riflessione sul rapporto tra fiducia e diritto penale deve fare i conti con la pluralità (la diversità, la conflittualità) delle attese di giustizia. Problemi particolarmente delicati sono legati a conflitti di culture e di concezioni

⁴ C. cost. 9 aprile 1981, n. 96: dichiarazione d'illegittimità costituzionale del delitto di plagio, art. 603 c. p.

⁵ D. Acemoglu, A. Robinson, *The narrow corridor*, in traduzione italiana *La strettoia. Come le nazioni possono essere libere*, Milano, Il Saggiatore, 2020. Citazione da p. 14.

⁶ Nel senso di J. Rawls, *Il diritto dei popoli*, Torino, Einaudi, 2001.

⁷ L. Ferrajoli, *L'attualità del pensiero di Cesare Beccaria*, in AA.VV., *Il caso Beccaria. A 250 anni della pubblicazione di Dei delitti e delle pene*, a cura di V. Ferrone e A. Prosperi, Bologna, il Mulino, 2016, p. 340.

⁸ V. Ferrone, *Storia dei diritti dell'uomo*, Laterza, Roma-Bari, Laterza, 2019; Id., *Il mondo dell'illuminismo: Storia di una rivoluzione culturale*, Torino, Einaudi, 2019.

morali, che sono un aspetto costitutivo di società aperte al pluralismo di concezioni morali e politiche.

L'idea del penale come *limite invalicabile* della politica criminale (v. Liszt) ha come premessa che ciò che si tratta di delimitare possa avere un senso positivo, legittimo e razionalmente esplicabile. Ma anche la chiara consapevolezza che ciò non è affatto scontato.

Il mondo delle democrazie liberali, in cui abbiamo la fortuna di vivere, è circondato da Stati autoritari che usano il diritto e i propri poteri come strumento d'oppressione, con divieti di attività che riteniamo esercizio di libertà, e comandi oppressivi. È l'ingiustizia dei precetti e dei criteri d'attribuzione di responsabilità il livello d'ingiustizia più radicale, che mette in crisi la qualità della convivenza e la fiducia dei consociati.

La sicurezza securitaria è un obiettivo che può essere avvicinato, ma *securos quidem reddere homines a mutuis damnis, ita ut laedi, vel occidi iniuria non possint, impossibile est; neque ergo cadit in deliberationem*⁹. Anche per il teorico del Leviatano quale potere assoluto, una sicurezza assoluta di fronte al rischio criminalità non è un obiettivo realistico.

Weltrisikogesellschaft, società globale del rischio, è stato definito il mondo attuale¹⁰. Il secolo iniziato l'11 settembre 2001 è segnato da terrorismi politici, fondamentalismi violenti, organizzazioni criminali potenti, e da rischi anche catastrofici collegati ad attività produttive lecite. In questi anni '20 l'emergenza pandemia e il ritorno della guerra vicino a noi. La sicurezza dal crimine è uno, non l'unico problema di sicurezza. Le vittime della pandemia e della guerra sono molto più numerose delle vittime della criminalità.

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.

2. Law enforcement

La qualità (affidabilità) del *law enforcement* penalistico è importante per il mantenimento della fiducia dei consociati che si attendono protezione contro condotte illecite. È legata alla capacità del sistema di rispondere correttamente a problemi cognitivi – sul diritto e sui fatti – che partono dalla presa di conoscenza di notizie che giustificano l'avvio di indagini, in vista

⁹ Questa frase di Hobbes, *De Cive*, è riproposta in epigrafe al saggio di Isensee, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, De Gruyter, 1983.

¹⁰ U. Beck, *Weltrisikogesellschaft*, 2007, traduzione italiana *Conditio humana. Il rischio nell'età globale*, Roma-Bari, Laterza, 2008,

dell'eventuale promovimento dell'azione penale (obbligatoria per il Pubblico Ministero, dice l'art. 112 della Costituzione italiana).

La funzione del giudice imparziale, ha scritto Hannah Arendt¹¹, è uno fra gli *importanti modi esistenziali di dire la verità*; ha a che fare con il dispotismo e la *fastidiosa contingenza* di verità fattuali, *al di là dell'accordo e del consenso*¹². È anche esercizio di potere. Il giudice pronuncia decisioni la cui efficacia è indipendente dalla correttezza contenutistica. Anche la ricostruzione dei fatti e l'interpretazione del diritto da parte di un giudice nel processo sono esercizio di potere.

La macchina investigativa e processuale si attiva in situazioni di incertezza, si avvale di strumenti inquisitori e coercitivi, comporta costi personali e sociali elevati; è a rischio di errori, eccessi e insuccessi, al di là della correttezza giuridica e delle buone intenzioni soggettive. È a rischio di torsioni inquisitorie e autoritarie, come mostrano la storia e anche la realtà di oggi.

La questione dei criteri *di giudizio* riguarda il profilo cognitivo del paradigma del garantismo: un modello di giurisdizione che ha come condizioni necessarie l'affidamento del giudizio a un giudice imparziale e *“la verificabilità o falsificabilità delle ipotesi accusatorie in forza del loro carattere assertivo, e la loro prova empirica in forza di procedure che ne consentano sia la verifica che la falsificazione”*¹³.

Gli snodi del procedere – dall'avvio di indagini alla decisione finale – sono affidati alla razionalità e ragionevolezza degli operatori. C'è bisogno di vigile attenzione sia della scienza giuridica sia dell'opinione pubblica, di fronte a rischi di errori e di eccessi.

3. Sistema sanzionatorio.

3.1. L'applicazione della pena legalmente prevista è coerente con la logica dell'ordinamento: con il principio responsabilità, che esige osservanza dei precetti e punizione delle inosservanze. *È il fine del diritto criminale? Il diritto “non ha il fine generale di punire bensì quello di tradurre nel concreto della vita l'esigenza umana di ordine e di garantita libertà d'azione; e di fatto, in via principale esso regola e organizza la coesistenza, strutturando atti e rapporti umani nei modi della misura”*¹⁴.

L'*appeal* politico del punire, e in particolare del carcere, sta anche (soprattutto?) in un'offerta di assicurazione. Per i consociati la condanna e

¹¹ H. Arendt, *Verità e politica*, Torino, Bollati Boringhieri, 2004. Citazioni da pp. 72, 47, 50.

¹² *Ibidem*.

¹³ L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Torino, Einaudi, 1989, p. 6 s.

¹⁴ S. Cotta, *Perché la violenza? Un'interpretazione filosofica*, Brescia, Morcelliana, 1977, p. 125.

l'esecuzione delle pene possono essere una restaurazione della fiducia nell'ordinamento: la fiducia che Renzo, vittima d'ingiustizia, ha creduto di poter trovare nelle grida mostrate dall'avvocato: "*Ci sono nominate le bricconerie chiare, proprio come succedono, e per ciascheduna, il suo buon gastigo*"¹⁵. Il discorso dell'Azzecca Garbugli gli ha subito mostrato come la fiducia in una giusta legalità possa essere frustrata da un sistema corrotto.

L'attesa di una tutela riconfermata dal *buon castigo* tende verso la severità: fiducia in uno stato forte, che mette in carcere persone pericolose e arriva a buttare via la chiave. Può lasciare spazio alla sfiducia del sentirsi esposti a rischio, di fronte a una criminalità non adeguatamente contrastata.

Per il condannato la pena eseguita è una sofferenza, anche quando la riconosca giustificata. La fiducia cui ha diritto anche il condannato a pena detentiva ha a che fare con il *senso di umanità*, cui le pene non possono essere contrarie. Al principio fondamentale di civiltà espresso nell'art. 27 Cost. dovrebbe essere dato un rilievo fondamentale nella costruzione e nella attuazione del sistema penale.

Carcer ad continendos homines non ad puniendos haberi debet, è una citatissima frase del Digesto. Nella presente situazione in Italia, la comminatoria edittale di pene detentive è carica di significati simbolici, esibizione di adeguata tutela. Da molti il carcere è percepito come un contenitore di criminali pericolosi, un fattore di rassicurazione.

3.2. Si lega, e come, ai problemi specifici della pena (minacciata e inflitta) il *topos* della fiducia? Vengono in rilievo problemi e profili di varia natura: aspetti legati alla fiducia nell'osservanza dei precetti, cioè alla capacità deterrente della minaccia legale, ed aspetti ulteriori legati al caso concreto. Alla giustizia, dice il linguaggio in uso. Giustizia in che senso? In una riflessione sulla fiducia, ha senso articolare l'interrogativo con riguardo a portatori di attese diverse, legate sia alla deterrenza sia alla giustizia del caso concreto nell'ottica dei diversi interessati (compreso il condannato).

A quali condizioni il *malum* della pena minacciata e/o inflitta possa risolversi in un *bonum*, è un problema che può essere sempre sollevato, alla luce di qualsiasi teoria o politica penale. Sia l'idea retributiva, sia le concezioni preventive additano ragioni rilevanti per la costruzione, il funzionamento, la valutazione delle risposte degli ordinamenti giuridici. La condanna e l'esecuzione della pena intendono essere una restaurazione della fiducia nell'ordinamento, nella sua capacità di risposta al delitto commesso.

Delle teorie della pena si fa spesso un uso apologetico; può esserne fatto un uso critico, quali criteri di controllo di scelte normative ed operative (possibili

¹⁵ A. Manzoni, *I promessi sposi*, cap. XIV.

o già effettuate) sia sul piano della razionalità strumentale (rispetto a finalità quali che siano) sia sul piano normativo della giustizia.

Nella discussione dottrinale le idee della retribuzione e della prevenzione sono presentate come contrapposte. Per un diritto penale ragionevole sono punti di vista entrambi essenziali, in tensione fra loro.

Il finalismo *ne peccetur* intende giustificare innanzi tutto la *minaccia legale* pensata come deterrente, strumento di prevenzione generale e/o speciale. Dopo che il reato sia stato commesso, la condanna dell'autore e la sua esecuzione dovrebbero contribuire alla tenuta del sistema. Per il condannato possono valere come ammonimento mirato, con valenza anche specialpreventiva, e come contesto aperto a finalità quali la 'rieducazione' (specificamente indicata nell'art. 27 Cost.). In ottica autoritaria l'esecuzione della pena può avere valenza di pura neutralizzazione del condannato.

L'idea rieducativa, iscritta nell'art. 27 Cost., richiede che la pena debba essere significativa anche per il condannato: orientata (e non ostacolo) al suo rientro nella società quale persona di uguale dignità e uguali diritti. Pene edittali e pene commisurate dai giudici dovrebbero rendere leggibile questo significato, anche da parte del condannato.

Sotto tutti gli aspetti, il rapporto con il potere del Leviatano vorrebbe (e dovrebbe) poter essere di *fiducia critica*. Per quanto concerne il diritto 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.

4. *Fiducia, tra diritto e giustizia*

La giustizia e le ingiustizie, è il titolo del testamento spirituale di un maestro del diritto penale italiano¹⁶, che di fronte ai mali del mondo, alla loro irrimediabilità e all'insufficienza delle risposte si è domandato se si debba eliminare dal vocabolario la parola giustizia. Ha visto nella giustizia un orizzonte che si può cercare di raggiungere, ma che *si allontana ad ogni passo avanti*. Per quanto concerne il penale, l'idea di deterrenza e l'idea di giustizia sono ritenute inconciliabili: *“non serve a nulla l'intervento retrospettivo perché, quando un diritto umano è stato violato, nulla può far sì che la violazione non sia avvenuta, nulla al mondo può rendere possibile una riparazione del torto subito. Sarebbe giustizia l'impedire che il torto si consumi”*¹⁷.

Sono parole forti, lontane dallo spirito del nostro tempo, che confida nella

¹⁶ F. Stella, *La giustizia e le ingiustizie*, Bologna, il Mulino, 2006.

¹⁷ Ivi, citazioni da p. 177, p. 241.

severità della giustizia punitiva o (all'opposto) in una ben intenzionata giustizia riparativa. Una lettura realistica del male del mondo ammonisce sui *deficit* (insufficienze o vanità) della nostra giustizia, la giustizia del Leviatano.

La nostra giustizia non può riparare i mali del mondo, ma questo non toglie valore a ciò che si possa fare, anche nella prospettiva della riduzione del male e nelle risposte al male. Le democrazie liberali hanno dato risposte meno lontane da una passabile giustizia.

Rispetto al fine primario del diritto criminale/penale (l'osservanza dei precetti, la prevenzione dei delitti) la punizione dei colpevoli appare *un meccanismo di ripiego*, successivo a una *defaillance* della deterrenza legale, inidoneo a *ripristinare il passato*¹⁸. Per la politica della giustizia – e dei diritti dei consociati – la giustizia punitiva fa parte di un quadro assai più ampio.

I procedimenti volti ad accertare reati e responsabilità comportano costi e sofferenze anche per persone estranee al reato, e per imputati che possono essere innocenti. Il diritto punitivo intende (pretende) combattere violenza, paura e sofferenza, ma queste sono sue caratteristiche intrinseche. Funziona (o pretende di funzionare) incutendo la paura delle pene minacciate; poggia sull'uso della forza, produce sofferenze come risposta alle sofferenze prodotte dai delitti.

Rispetto a problemi del come e quanto punire possiamo trovare un consenso ampio sull'ingiustizia di talune soluzioni; assai più difficile è arrivare a soluzioni concordemente valutate come la soluzione migliore o comunque ragionevole nei casi concreti.

Sul versante delle pene, il mondo d'oggi (anni '20 del XXI secolo) presenta ancora aspetti inquietanti. Rischi di cadute di razionalità e di torsioni autoritarie sono presenti anche nel nostro mondo che si ritiene illuminato.

La diffusione e i successi del populismo penale – nell'attuale momento punitivo¹⁹ – sono segnali (anche) di preoccupazioni e risentimenti di fronte a fatti delittuosi o dannosi, o comunque percepiti come offensivi e meritevoli di una risposta punitiva. 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.

Anche fuori del mondo dei giuristi, autorevoli voci *“hanno sottolineato che senza la fiducia (trust) il miglior sistema giuridico non serve a nulla; ma il mondo instabile non è esattamente fatto per promuovere fiducia”*²⁰. Oggi, più che mai, dopo l'emergenza pandemia, dopo il ritorno della guerra vicino

¹⁸ M. Nussbaum, *Rabbia e perdono*, Bologna, il Mulino, 2017, pp. 262-264.

¹⁹ D. Fassin, *Punire. Una passione contemporanea*, Milano, Feltrinelli, 2019.

²⁰ R. Dahrendorf, *Libertà attiva*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 114.

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.

Abstracts

Giacomo Todeschini, *Affidabilità civica e intelligenza economica: la competenza contabile come presupposto della fiducia (XIII-XV secolo) / Civic trustworthiness and economic competence. Accounting expertise as the premise of trust (13th-15th C.)*

Nel periodo che dalla cosiddetta “rivoluzione commerciale” europea (XI-XIII secolo) giunge all’affermazione di forme di razionalità economica e contabile in grado di determinare tanto logiche gestionali verificabili in termini matematici (tenuta dei libri contabili e partita doppia) quanto l’istituzione di pratiche creditizie intese come decisive per il funzionamento della vita pubblica e del “bene comune” (il debito pubblico, i Monti di Pietà e le banche), la fiducia attestata in sede giuridica ma anche nell’ambito della normativa etica e religiosa dipende sempre di più dalla capacità dei *cives* di dimostrare una competenza economica verificabile in sede contabile e amministrativa. Fra credibilità civica (e dunque partecipazione alla rete di rapporti fiduciari che costituiscono la respublica) e competenza economica si stabilisce una relazione sempre più stretta.

During the European “commercial revolution” (11th-13th C.) new forms of economic rationality as well as new techniques of accounting appear and produce new styles of administration based on a mathematization of the economic procedures. At the same time credit relations are reshaped and institutionally reformulated giving rise to innovative economic institutes like the consolidated public debt, the private and public banks, and – in the second half of 15th century – the Mounts of Piety. On this background the civic and religious trustworthiness of those who are recognized as “citizens” increasingly depends on their specific economic culture and competence, namely on their accounting and administrative capacities. An even more close relation connects civic credibility, religious identity and economic expertise.

Parole chiave / Keywords: affidabilità, amministrazione, cittadinanza, finanza / trustworthiness, administration, citizenship, finance.

Vittorio Pelligra, *La Rispondenza Fiduciaria / Trust Responsiveness*

In questo saggio, utilizzando gli strumenti della teoria dei giochi e dell'economia comportamentale, dopo aver analizzato le caratteristiche definitorie di una interazione fiduciaria, e discusso le principali spiegazioni di natura economica dei comportamenti fiduciosi e affidabili presentiamo i risultati di un esperimento progettato per testare il principio di "rispondenza fiduciaria" che crediamo possa contribuire in maniera più accurata delle teorie alternative a dar conto della peculiare natura delle relazioni fiduciarie. Infine, discuteremo le implicazioni istituzionali e organizzative che derivano da tale prospettiva.

In this essay, using the tools of game theory and behavioral economics, after analyzing the defining characteristics of a trusting interaction, and discussing the main economic explanations of trusting and trustworthy behaviors we present the results of an experiment designed to test the principle of "trust responsiveness" that we believe can contribute more accurately than alternative theories to account for the peculiar nature of trusting relationships. Finally, we will discuss the institutional and organizational implications arising from this perspective.

Parole chiave / Keywords: Fiducia, Rispondenza fiduciaria, Economia comportamentale, Economia sperimentale / Trust, Trust Responsiveness, Behavioral Economics, Experimental Economics.

Tommaso Greco, *È possibile un diritto penale fiduciario? / Is a fiduciary criminal law possible?*

La visione tradizionale del diritto penale è tutta basata sulla sfiducia e sull'esercizio della coercizione. Nell'articolo si propone una prospettiva alternativa basata sulla fiducia e sulla relazionalità, dimensioni che sono presenti in ogni ambito giuridico e quindi anche nel diritto penale.

The traditional view of criminal law is founded on distrust and on the exercise of coercion. In this article, I propose an alternative perspective based on trust and relationality, dimensions that are present in every area of law and thus also in criminal law.

Parole chiave / Keywords: Fiducia, Machiavellismo giuridico, Orizzontalità del diritto, Giustizia riparativa / Trust, Legal Machiavellianism, Horizontality of Law, Restorative justice.

Grazia Mannozi, *Quadri giuridico-linguistici della fiducia: il logos, le norme, il sistema penale / Legal-linguistic frameworks of trust: the logos, the laws, the penal system*

La fiducia viene analizzata a partire dalla dimensione linguistica per verificare come le parole influenzino la produzione e la percezione del diritto e della giustizia penali. L'analisi è scandita in quattro quadri dedicati a: la centralità del logos, le funzioni della parola giuridica, le radici protoindoeuropee della parola

fiducia (nella duplice accezione di “trust” e “confidence”), le dinamiche fiduciali nel diritto penale e nel paradigma della giustizia riparativa, ora complementare a quello penale.

Trust is analysed from the linguistic dimension to verify how words influence the production and perception of criminal law and justice. The analysis is structured in four sections dedicated to: the centrality of the logos, the functions of legal language, the Proto-Indo-European roots of the words “trust” and “confidence”, and the dynamics of both trust and confidence in the criminal justice system and in restorative justice, when it complements the criminal justice system.

Parole chiave / Keywords: fiducia, fede, affidamento, albero, logos, parola, relazione, diritto penale, giustizia riparativa / trust, confidence, faith, reliance, tree, logos, word, relationship, criminal law, restorative justice.

Andrea Raffaele Amato, *Due anime del Realismo giuridico italiano: l'ammissibilità della fiducia testamentaria in una celebre controversia tra Emanuele Gianturco ed Enrico Cimbali negli anni Ottanta dell'Ottocento* / *Two souls of Italian Legal Realism: the admissibility of testamentary trust in a famous dispute between Emanuele Gianturco and Enrico Cimbali in the Eighties of Nineteenth century*

Il saggio ripercorrendo l'aspra controversia sul fondamento giuridico delle disposizioni fiduciarie dedotte in testamento, che vide contrapporsi due giovanissimi Emanuele Gianturco ed Enrico Cimbali nei primissimi anni Ottanta dell'Ottocento, cerca di ripensare una categoria dell'ermeneutica storico-giuridica con la quale comunemente viene affrontato lo studio della scienza giuridica italiana tra la fine del XIX e gli inizi del XX secolo, integrandola con una che ha una valenza più squisitamente culturale. Quella del *Realismo giuridico italiano*, infatti, non vuole essere una nuova definizione di scuola ma piuttosto un paradigma concettuale per la comprensione dell'antropologia culturale di una parte rilevante del pensiero giuridico italiano a cavallo tra un secolo e l'altro, ricavato a partire dall'approccio ermeneutico – eminentemente pratico e prospetticamente realista – che i due protagonisti della nostra controversia dimostrano di condividere, nonostante le notevoli distanze che separano le loro interpretazioni sull'ammissibilità della fiducia testamentaria nel diritto civile italiano.

The essay retracing bitter controversy on legal basis of fiduciary provisions deduced in the will, which saw two young Emanuele Gianturco and Enrico Cimbali oppose each other during early Eighties of Nineteenth century, tries to rethink a category of historical-legal hermeneutics with which the study of Italian juridical science is commonly approached between the end of the 19th and the beginning of the 20th century, integrating it with one that has a more cultural value. The *Italian Legal Realism*, in fact, does not want to be a new definition of school but rather a conceptual paradigm for understanding cultural anthropology of an important part of Italian legal thought between one century and another, derived from the hermeneutic approach – eminently practical and prospectively realistic – that the protag-

onists of our dispute show to share, despite considerable differences that separate their interpretations on admissibility of testamentary trust in Italian civil law.

Parole chiave / Keywords: fiducia, testamento, Emanuele Gianturco, Enrico Cimbali, Realismo giuridico italiano, metodo storico-razionale, socializzazione del diritto / trust, will, Emanuele Gianturco, Enrico Cimbali, Italian Legal Realism, historical-rational method, socialization of law.

Monica Stronati, 'Dare credito', 'dare fiducia': usura e mutuo soccorso tra Otto e Novecento / 'Giving credit', 'Giving trust': usury and mutual aid between the 19th and 20th centuries

L'ordine giuridico liberale è caratterizzato da una inedita centralità della libertà individuale. Questa si declina nella assoluta libertà dei contraenti, anche di contrattare tassi usurari d'interesse sul prestito di denaro. L'accesso al credito, più che mai, diventa una questione di fiducia che si sostanzia nel possedere: solo chi può dare garanzia di restituzione del prestito merita la fiducia e accede al credito. L'astratto schema contrattuale rafforza l'esclusione dall'ordinamento di chi vive solo del proprio lavoro. In questo contesto, mentre viene cancellato il reato di usura, da un lato viene messo in discussione un caposaldo dell'ordine giuridico liberal-borghese, ossia l'effettiva libertà dei contraenti. Dall'altro lato si aggrava la questione sociale perché la difficoltà di accesso al credito investe anche il "ceto medio". La cultura liberale reagisce in tre direzioni: i tentativi, tutti falliti, di reintroduzione del reato di usura; la promozione di associazioni di mutuo soccorso per accedere al credito senza aiuti da parte dello Stato o dalla beneficenza privata, ma facendo leva piuttosto sulla fiducia della comunità; infine l'emersione di un nuovo approccio scientifico eclettico, basato sull'osservazione sociologica, che affronta la questione sociale incoraggiando politiche anche legislative di prevenzione, tra cui la promozione dell'associazionismo mutualistico come sostitutivo penale per la prevenzione dei reati contro il patrimonio.

The liberal legal order is characterised by an unprecedented centrality of individual freedom. This takes the form of the absolute freedom of contracting parties, including the freedom to negotiate usurious interest rates on money loans. Access to credit becomes, more than ever, a matter of trust, which is embodied in ownership: only those who can guarantee repayment of the loan deserve trust and access to credit. The abstract contractual framework reinforces the exclusion from the system of those who live solely on their work. In this context, while the crime of usury is abolished, two issues arise: on the one hand, a cornerstone of the liberal-bourgeois legal order, namely the actual freedom of contracting parties, is called into question. On the other hand, the social question worsens, as difficulty in accessing credit also affects the 'middle class'. The liberal culture reacts in three directions: the attempts, all failed, to reintroduce the crime of usury; the promotion of mutual aid associations to grant access to credit without support from the state or private charity, relying instead on community trust; and finally, the emergence of a new eclectic scientific approach, based on sociological observa-

tion, which addresses the social issue by encouraging policies, including legislative prevention ones, and the promotion of mutual associations as a penal substitute for the prevention of crimes against property.

Parole chiave / Keywords: Credito, fiducia, mutuo soccorso, sostitutivi penali / Credit, trust, mutual aid, penal substitutes.

Roberto Cornelli, *Fidarsi, affidarsi e fare affidamento. L'ambiguità della fiducia nelle istituzioni / Trusting, confiding and relying. The ambiguity of trust in institutions*

Un ordine sociale fondato sulla fiducia e non sulla forza lascia comunque degli scarti nelle zone di frontiera, interne ed esterne, nelle quali si agisce al di fuori del regime fiduciario per preservare l'ordine, per rinsaldare il legame sociale o per legittimare l'autorità costituita. La sfida 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 il più possibile che i sentimenti fiduciari sostengano la "forza di legge".

A social order founded on trust and not on force still leaves gaps in the boundaries, both internal and external, where actions are taken outside the trust regime to preserve order, to strengthen the social bond or to legitimise constituted authority. The challenge is therefore not to imagine a conflict-free society governed by trust, but rather to investigate, in each society, in which boundaries the 'law of trust' drops the ball and to act on these boundaries in order to prevent as far as possible trust feelings from supporting the 'force of law'.

Parole chiave / Keywords: fiducia, paura, forza, ordine sociale / trust, fear, force, social order.

Roberto Bartoli, *Dritti al cuore del Leviatano tra fiducia, violenza e personalismo / Straight to the heart of Leviathan between trust, violence and personalism*

Il grande Leviatano si basa su un vero e proprio paradosso: produzione di fiducia collettiva mediante violenza esercitata nei confronti della persona, vale a dire mediante sfiducia verso il singolo. Al netto dei regimi autoritari che spingono così forte sulla sfiducia verso i singoli da compromettere addirittura la fiducia collettiva, con il costituzionalismo si tende a trovare punti di equilibrio tra fiducia collettiva e sfiducia verso il singolo. E se il populismo torna a sbilanciare verso la fiducia collettiva, il garantismo penale spinge per la tutela del singolo. Di recente, sembra affacciarsi anche una visione per la prima volta fortemente personalista, che, al fine di potenziare la fiducia verso il singolo, elabora modi diversi di punire, in libertà o addirittura senza violenza.

The great Leviathan is based on a real paradox: production of collective trust through violence exercised against the individual, that is, through distrust of the

individual. Net of authoritarian regimes that push so hard on mistrust of individuals that they even undermine collective trust, with constitutionalism there is a tendency to find balancing points between collective trust and mistrust of the individual. And if populism backs off balance toward collective trust, criminal guaranteeism pushes for the protection of the individual. Recently, a strongly personalist view also seems to be emerging for the first time, which, in order to enhance trust toward the individual, elaborates different ways of punishment, at liberty or even without violence.

Parole chiave / Keywords: fiducia, violenza, garantismo, populismo, personalismo / trust, violence, guaranteeism, populism, personalism.

Domenico Pulitanò, *Quale fiducia nel diritto criminale/penale? What trust in criminal/penal law?*

L'articolo esamina alcune categorie fondamentali del diritto penale come deterrenza, dimensione dei precetti, sistema sanzionatorio allo scopo di mostrare le tensioni e le relazioni che possono esistere con il concetto di fiducia. 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.

This article deals with some categories of criminal/penal law as deterrence, preceptive dimension, sanctioning system in order to see the tensions and relationship with the trust concept. Today, more than ever, after the pandemic emergency, after the return of war near us, in the midst of intellectual confusion, our intellectual task is to defend the ethical and epistemic presuppositions of liberal civilization and a reasonable confidence in its possibility of holding up.

Parole chiave / Keywords: fiducia, diritto criminale, diritto penale / trust, criminal law, penal law.

Autori

Luigi Lacchè, Prof. ordinario di Storia del diritto medievale e moderno, Dipartimento di Giurisprudenza, Via Garibaldi 20, Università di Macerata, 62100 Macerata, Italia, email: luigi.lacche@unimc.it

Giacomo Todeschini, Prof. ordinario di storia medievale (in pensione), Università di Trieste, email: todeschinigiacom@gmail.com

Vittorio Pelligra, Prof. ordinario di Politica economica, Dipartimento di Scienze Economiche e Aziendali, Università di Cagliari, Via Sant'Ignazio 17, 09129 Cagliari, email: pelligra@unica.it

Tommaso Greco, Prof. ordinario di Filosofia del diritto, Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Pisa, Piazza dei Cavalieri 2, 56126 Pisa, email: tommaso.greco@unipi.it

Grazia Mannozi, Prof.ssa ordinaria di Diritto processuale penale, Dipartimento di diritto, economia e culture, Via Sant'Abbondio 12, Università degli Studi dell'Insubria, 22100 Como, Italia, email: grazia.mannozi@uninsubria.it

Andrea Raffaele Amato, Dottorando di ricerca in “Diritto ed Innovazione”, XXX-VII ciclo, menzione Storia del diritto medievale e moderno, Dipartimento di Giurisprudenza, Via Garibaldi 20, Università di Macerata, 62100 Macerata, Italia, e-mail: andrea.amato@unimc.it

Monica Stronati, Prof.ssa associata di Storia del diritto medievale e moderno, Dipartimento di Giurisprudenza, Via Garibaldi 20, Università di Macerata, 62100 Macerata, Italia, email: monica.stronati@unimc.it

Roberto Cornelli, Prof. ordinario di criminologia, Dipartimento di Scienze Giuridiche “Cesare Beccaria”, Università degli Studi di Milano, Via Festa del Perdono 7, 20122 Milano, email: roberto.cornelli@unimi.it

Roberto Bartoli, Prof. ordinario di diritto penale, Dipartimento di Scienze Giuridiche, Via delle Pandette 32, Università di Firenze, 50127 Firenze, Italia, email: roberto.bartoli@unifi.it

Domenico Pulitano, Prof. emerito di diritto penale, Dipartimento di Giurisprudenza, Piazza dell'Ateneo Nuovo 1, Università Milano Bicocca, 20126 Milano, Italia, email: domenico.pulitano@unimib.it

Quaderno di storia del penale e della giustizia

Tutti i numeri del *Quaderno di storia del penale e della giustizia* sono disponibili in *open access* nel sito della rivista e in quello dell'editore / Every issue is available in open access on the website of the journal and the publisher's: <riviste.unimc.it/index.php/qspg> - <<http://eum.unimc.it/it/>>

1 / 2019

La paura

Riflessioni interdisciplinari per un dibattito contemporaneo su violenza, ordine, sicurezza e diritto di punire

2 / 2020

Il dubbio

Riflessioni interdisciplinari per un dibattito contemporaneo su certezza, giustizia, mass media e diritto di punire

3 / 2021

Il castigo

Riflessioni interdisciplinari per un dibattito contemporaneo su giustizia, diritto di punire e pena

4 / 2022

Il tempo

Riflessioni interdisciplinari per un dibattito contemporaneo su giustizia, diritto di punire e pena

5 / 2023

La fiducia

Riflessioni interdisciplinari per un dibattito contemporaneo su giustizia, diritto di punire e pena

6 / 2024

La violenza

Riflessioni interdisciplinari per un dibattito contemporaneo su giustizia, diritto di punire e pena, in preparazione

Collana “Biblioteca del Laboratorio di storia del penale e della giustizia”

Coordinatore della Collana

Luigi Lacchè

Comitato di Direzione

Ninfa Contigiani, Luigi Lacchè, Paolo Marchetti, Massimo Meccarelli, Emilia Musumeci, Monica Stronati

Francesco Migliorino, *Gli eroici anni trenta de «La Giustizia Penale». Lettere di Gennaro Escobedo a Giulio Andrea Belloni (1931-1941)*, Macerata, eum, 2022

Emilia Musumeci, *Veneficium. Storia di un crimine atroce*, Macerata, eum, 2022

Filippo Contarini, *Immaginare le Corti d'assise. Una storia della modernizzazione del diritto in Svizzera*, Macerata, eum, 2023

Angela De Benedictis, “*Crimen laesae maiestatis*” e resistenza lecita. Un problema e il ‘classico’ studio di Mario Sbriccoli da riprendere e approfondire, in preparazione



Francesco Migliorino

Gli eroici anni trenta de «La Giustizia Penale»

**Lettere di Gennaro Escobedo a Giulio Andrea
Belloni (1931-1941)**



Emilia Musumeci

Veneficium

Storia di un crimine atroce



Filippo Contarini

Immaginare le Corti d'assise

Una storia della modernizzazione del diritto
in Svizzera