

# Fiducia, fede, diritto

di Francesco Riccobono

## 1. Premessa

Conservando il gene linguistico della latina *fides*, la dottrina giuridica non distingue compiutamente tra “fiducia” e “fede” (“buona fede”)<sup>1</sup>. Non a caso uno dei luoghi di elezione per una riflessione giusteoria sulla “fiducia” rimane la scienza del diritto privato nelle pagine in cui ricostruisce e commenta la disciplina contrattuale, in specie l’interpretazione del contratto che deve appunto, come recita esemplarmente l’art. 1366 del Codice Civile italiano, «essere interpretato secondo buona fede»<sup>2</sup>. Anche la scienza del diritto internazionale offre materia alla medesima riflessione, interrogandosi sulla natura del principio *pacta sunt servanda*, che dà significato e fondamento alla pratica pattizia tra nazioni. A queste riflessioni sul come l’esperienza giuridica predisponga ambiti e istituti capaci di rafforzare e garantire la fiducia tra gli uomini e tra le genti va aggiunta una diversa riflessione sulla fiducia nutrita verso il diritto – anche qui “fede” nel diritto, secondo il titolo di una conferenza fiorentina di Piero Calamandrei<sup>3</sup> – come strumento principe di civilizzazione e pacificazione sociale. Per illustrare queste due diverse dimensioni del rapporto tra fiducia e diritto, conviene soffermarsi su alcuni aspetti problematici all’interno dei due discorsi con l’ausilio di alcune significative opinioni dottrinali nel merito.

## 2. Diritto e fiducia

Le vie della fiducia, soprattutto le vie della fede, intesa nel senso della fiducia nella limpidezza della parola proferita e nell’adempimento della pa-

1. L’itinerario storico, linguistico e concettuale dalla *fides* alla *bona fides* è ripercorso da L. Lombardi, *Dalla «fides» alla «bona fides»*, Giuffrè, Milano 1961.

2. Per la delineazione e l’utilizzazione del principio di buona fede dai prodomi giusnaturalistici dei codici ottocenteschi alla vigilia del Codice Civile italiano del 1942, si veda D. Corradini, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Giuffrè, Milano 1970.

3. P. Calamandrei, *Fede nel diritto*, a cura di S. Calamandrei, Laterza, Roma-Bari 2008. La conferenza fu pronunciata il 21 gennaio 1940.

rola data, non furono originariamente le vie del diritto. Uno sguardo non specialistico al diritto romano viene catturato, come sostiene Supiot, dalla «inefficacia giuridica della parola data»<sup>4</sup>. Persiste sorprendentemente fino all'epoca giustiniana il principio *ex nudo pacto, actio non nascitur*, espressivo del fatto e della convinzione che il fidarsi della parola altrui comporti una autoesclusione dalla protezione giuridica. L'evoluzione del concetto di *fides* e *bona fides* nel diritto romano non è tema facile. Si snoda attraverso la sostanziale, ma non assoluta, estraneità originaria della *bona fides* allo *ius civile* e il suo accoglimento, invece, nello *ius gentium* con l'opera del *praetor peregrinus*<sup>5</sup>. Questa evoluzione dà, però, un'idea abbastanza nitida della distanza concettuale tra la fiducia e il diritto. Per dirla con Max Weber, «la *fides* non rappresentava assolutamente un principio unitario di regolamento di rapporti legali»<sup>6</sup>. Dove il rapporto era regolato dalla *fides*, come nel rapporto tra signore e *clientes*, sulla sua «osservanza non vegliava un giudice, ma un codice etico» e la sua «violazione da parte di uno degli interessati aveva a Roma conseguenze sacrali (la violazione della *fides* era infamante)»<sup>7</sup>.

L'esperienza giuridica romana permette, così, di dichiarare la non palese infondatezza di una sensazione che accompagna la nostra coscienza del vivere sociale, ovvero che «il diritto interviene quando la delusione della fiducia è ormai diventata insopportabile»<sup>8</sup>. Più precisamente: «in una società costruita, e concretamente vissuta, sulla fiducia e sulla solidarietà non c'è bisogno di diritto»<sup>9</sup>. Il diritto, al contrario, sarebbe «nel suo insieme la più grande teorizzazione della sfiducia e del sospetto»<sup>10</sup>. La visione di una società priva di diritto poiché costruita interamente sulla fiducia e sulla solidarietà, pur nel suo innegabile fondo di verità, è evidentemente un espediente teorico per far affiorare la contraddizione tra l'apertura dei rapporti fiduciari e la determinatezza dei rapporti giuridici. Essa, però, detiene pure il merito di fissare le precondizioni sociali per l'instaurarsi di una pratica giuridica. La buona fede, qui identificabile per intero con la

4. A. Supiot, *Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del Diritto*, Bruno Mondadori, Milano 2006, p. 116.

5. Si veda, al riguardo, P. D. Senn, *Buona fede nel diritto romano*, voce in *Digesto delle Discipline Privatistiche - Sezione civile*, vol. II, UTET, Torino 1988, pp. 129-33.

6. M. Weber, *Economia e società*, a cura di P. Rossi, vol. II, Edizioni di Comunità, Milano 1974, p. 58.

7. Ivi, p. 657.

8. E. Resta, *Le regole della fiducia*, Laterza, Roma-Bari 2009, p. 56.

9. Ivi, p. 96.

10. G. M. Chiodi, *Equità. La regola costitutiva del diritto*, Giappichelli, Torino 2000, p. 149. Per un quadro riassuntivo delle opinioni filosofico-giuridiche in merito al prevalere della fiducia o della sfiducia in rapporto al diritto, cfr. L. Scillitani, *Fiducia, diritto, politica. Prospettive antropologico-filosofiche*, Giappichelli, Torino 2007, pp. 90-137.

fiducia, non è solo un criterio ermeneutico per sciogliere nodi interpretativi in materia contrattuale e dirimere i connessi conflitti di interesse, ma è il «presupposto di un vivere civile»<sup>11</sup>. È la tesi sottesa a molte analisi calibrate, peraltro, sul carattere tecnico-giuridico del criterio di buona fede. Betti, per esempio, rimarca che il criterio di buona fede, nella formazione del negozio, non significhi altro «se non lealtà e chiarezza nel parlare e nel contenersi, in conformità del dato elementare e indisconoscibile, che, dell'intimo volere di ciascuna, l'altra parte null'altro sa, né è tenuta a *sapere*, se non quello che le *rivela* e fa palese la dichiarazione e la condotta complessiva della prima»<sup>12</sup>. «Buona fede» denota, quindi, «reciproca lealtà, chiarezza e correttezza»<sup>13</sup>, doti necessarie non solo a impiantare una congruente comunicazione linguistica, prima che giuridica, ma anche a soddisfare quella «esigenza generale della socialità», per cui è bene che le aspettative dei singoli trovino appagamento non con la sopraffazione dell'interesse altrui bensì «in uno spirito di cooperazione per l'adempimento delle reciproche aspettative»<sup>14</sup>. Siamo, cioè, al cospetto di «dati elementari» del viver civile, che orientano l'agire giuridico nella direzione del loro rispetto e, strumentalmente, del loro soddisfacimento; non siamo, però, al cospetto di prodotti originari e originali dell'agire giuridico. Portando all'estremo questo argomento, può dirsi che l'ordinamento giuridico ha, infatti, senso solo quando preesiste un ordine sociale<sup>15</sup>. Non si danno rapporti giuridici quando decadono i «dati elementari» del viver civile, ovvero quando i comportamenti tradiscano continuamente il significato delle parole o quando sia minata la fiducia sul non essere abitualmente aggrediti. Il diritto s'impianta in una società che già ha assaporato il gusto della fiducia. Anche Luhmann, nel suo sforzo di differenziare diritto e fiducia, ammette che il concetto di fiducia sia «alla base della legge nel suo complesso»<sup>16</sup>. Poi, una lunga evoluzione ha prodotto una differenziazione

11. R. Orestano, *Della "esperienza giuridica" vista da un giurista*, in Id., *"Diritto". Incontri e scontri*, il Mulino, Bologna 1981, p. 543, nota 68. In quest'ottica Orestano definisce, con lieve e disincantata ironia, la buona fede e la fiducia «un po' *démodées*, entrambe, ma più d'uno ci crede ancora».

12. E. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, seconda edizione riveduta e ampliata a cura di G. Crifò, Giuffrè, Milano 1971, p. 388.

13. Ivi, p. 390.

14. Ivi, p. 391.

15. In tal senso C. Schmitt, *Teologia politica. Quattro capitoli sulla dottrina della sovranità*, in Id., *Le categorie del "politico"*, a cura di G. Miglio e P. Schiera, il Mulino, Bologna 1972, p. 39: «Non esiste nessuna norma che sia applicabile ad un caos. Prima dev'essere stabilito l'ordine: solo allora ha un senso l'ordinamento giuridico».

16. N. Luhmann, *La fiducia*, il Mulino, Bologna 2002, p. 54. E corrispettivamente «le modalità della fiducia possono verificarsi solo grazie alla limitazione del rischio garantita dalla legge».

ne grazie alla quale «fiducia e legge operano in massima parte *in maniera autonoma* l'una dall'altra», nel duplice senso che «il sistema giuridico, nell'applicare il principio della fiducia, deve porsi delle limitazioni per non mettere in pericolo le costruzioni giuridiche più solide» e «la fiducia non può ridursi semplicemente a una fiducia nella legge e nella possibilità sanzionatoria di quest'ultima»<sup>17</sup>.

Per l'avviamento di relazioni giuridiche tra gli uomini si richiede un certo grado di diffusione della fiducia e la fiducia si sedimenta al fondo della disciplina giuridica contrattuale, nucleo del diritto privato. Da qui si diffonde, però, anche in ambito giuspubblicistico. Secondo un'importante linea interpretativa, la rappresentanza politica (*Repräsentation*), ovvero il rapporto di rappresentanza tra Parlamento e popolo, verrebbe a costituirsi sul calco della rappresentanza civilistica (*Stellvertretung*), significando semplicemente che, in forza di una disposizione di diritto positivo, la volontà del rappresentante “vale” come volontà del rappresentato<sup>18</sup>. Il fatto che nelle moderne democrazie rappresentative non sia identificabile un criterio di diritto positivo che, al pari degli istituti civilistici della procura o della delega, consenta di fondare questo rapporto<sup>19</sup>, da una parte avalla la denuncia della finzione della rappresentanza politica<sup>20</sup>, dall'altra riporta il legame tra rappresentante e rappresentato nelle più disponibili forme della buona fede dei contratti tra privati e, quindi, nella sfera d'azione pregiuridica della fiducia. Per garantire la correttezza del rapporto tra rappresentanza e rappresentato non sono previsti specifici strumenti giuridici. Spesso non rimane che l'invocazione alla “lealtà dei comportamenti”, declinazione della fiducia dal punto di vista della responsabilità soggettiva.

Fiducia e fede, presupposti del viver civile raccolti e amplificati dal diritto, rimandano dunque, innanzitutto, a una situazione fattuale della società. L'unione in società avveniva, secondo una classica ipotesi giusnaturalistica, tra coloro che «avessero tra loro familiarità e amicizia e fiducia gli

17. Ivi, pp. 54-5.

18. Cfr. H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, Springer, Berlin 1925, pp. 311-2. Sul tema mi sia permesso rinviare a F. Riccobono, *Interpretazioni kelseniane*, Giuffrè, Milano 1989, pp. 75-99.

19. I criteri che dovrebbero fondare questo rapporto sono solo costruzioni teoriche che non trovano attuazione nelle concrete discipline storiche della rappresentanza politica. Si veda, ad esempio, come il criterio del trasferimento della competenza legislativa del popolo al Parlamento sia di fatto smentito dal principio della competenza esclusiva del Parlamento; o come l'ipotesi di un “mandato” degli elettori ai parlamentari sia contraddetta dal divieto di mandato imperativo, comune a tutti gli ordinamenti costituzionali moderni. Cfr. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, cit., pp. 313-4.

20. Come sostiene Kelsen, ma qui si ferma lo sviluppo dell'argomentazione kelseniana.

uni negli altri»<sup>21</sup>. La questione è, ora, quanto il fatto della socializzazione sia debitore a una disposizione morale; questione che si ripropone con forza ogniquale volta ci si ponga la domanda, basilare per la pratica contrattuale, sul perché i patti vadano rispettati. Ovviamente è possibile rispondere a questa domanda solo in chiave storico-concettuale. Il principio *pacta sunt servanda* affonda le proprie radici nel dovere del buon cristiano di dire sempre la verità e mantenere le proprie promesse. Alle origini il principio si mostra come una regola morale, fondata sulle Sacre Scritture, utile al fine di conservare la concordia: *pax servetur, pacta custodiantur*. Quindi, si trasformerà in obbligo giuridico, nel XIII secolo, nella *Glossa ordinaria* del Decreto di Graziano<sup>22</sup>. Nella teoria giuridica contemporanea il principio non viene preso in considerazione per stabilire quale sia, nella mente umana, il motivo del rispetto del patto, cioè se l'accordo sia mantenuto in virtù di un intimo convincimento morale o per il timore della sanzione giuridica. Partendo dalla constatazione che il principio *pacta sunt servanda* è comunemente assunto come una delle norme principali, se non come la norma principale, del diritto internazionale, la teoria giuridica contemporanea s'interroga, piuttosto, sulla presenza – necessaria o meno – di alcuni valori morali all'interno dell'esperienza giuridica internazionalistica. Si perviene però a esiti assai distanti.

Il punto può essere illustrato attraverso le posizioni dottrinali di due giuristi che abbiamo già incontrato, Betti e Kelsen. Betti affronta il tema, tecnico-giuridico, dell'interpretazione del trattato internazionale. La conservazione di un trattato è particolarmente in pericolo quando questo trattato sia stato «redatto con formula inadeguata, ambigua o lacunosa»<sup>23</sup>. In questo caso, l'interpretazione giuridica indica la strada per la conservazione del trattato, facendo ricorso non tanto alla volontà dei contraenti quanto al criterio della buona fede. La buona fede va qui intesa «non solo in fase genetica, come correttezza e lealtà del trattare, che genera nella controparte un corrispondente affidamento, ma anche e specialmente in fase di esecuzione, come fedeltà alla parola data e come spirito di collaborazione, che deve animare ciascuna delle parti nell'operoso adempimento delle aspettative generate nell'altra parte»<sup>24</sup>. Per Betti la buona fede si conferma, pertanto, come un «criterio etico dotato di rilevanza giuridica»<sup>25</sup>.

21. Così J. Locke, *Secondo trattato del governo civile*, in Id., *Due trattati sul governo*, a cura di L. Pareyson, UTET, Torino 1968, p. 325.

22. Cfr. Supiot, *Homo juridicus*, cit., pp. 117-8. Sull'origine canonistica di molti principi della scienza giuridica occidentale si veda soprattutto H. J. Berman, *Diritto e rivoluzione. Le origini della tradizione giuridica occidentale*, il Mulino, Bologna 1998.

23. Betti, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, cit., p. 465.

24. *Ibid.*

25. *Ibid.*

In sostanza, il criterio della buona fede è guida alla stesura del patto ed è custode della sua conservazione, poiché riassume in sé quelle virtù etiche della lealtà e della correttezza che risultano essenziali per l'instaurazione della relazione giuridica e per la sua qualificazione nei termini di una comunione solidale tra soggetti di pari grado. La conservazione del trattato va perseguita alla luce di questi indirizzi etici fondamentali. Il trattato, infatti, non rappresenta un accordo isolato e casuale ma va, per Betti, inquadrato «nella più ampia concatenazione della vita internazionale e dei principi generali, di diritto e di civiltà, che la reggono»<sup>26</sup>. Più complesso il discorso kelseniano. Kelsen sostiene apertamente che la regola *pacta sunt servanda* sia la norma principale del diritto internazionale generale, il quale costituisce la comunità internazionale. Tale regola «rende possibili i trattati internazionali e, quindi, il diritto internazionale particolare»<sup>27</sup>. Significativamente, però, nega che la regola *pacta sunt servanda* possa essere la norma fondamentale (*Grundnorm*) dell'ordinamento giuridico internazionale, ovvero la norma non positiva, meramente presupposta, di natura ipotetico-conoscitiva e assolutamente non contenutistica, che, nella costruzione teorica kelseniana, permette di interpretare come diritto un ordinamento coercitivo efficace nelle sue grandi linee<sup>28</sup>. L'assunzione della regola *pacta sunt servanda* come *Grundnorm* dell'ordinamento giuridico internazionale minerebbe, infatti, il carattere formale e neutrale rispetto ai valori del diritto, stabilendo un nesso non rescindibile tra il valore della pace, fine ultimo della conservazione del patto e del mantenimento della parola data, e il diritto internazionale. L'ordinamento giuridico internazionale e ogni ordinamento giuridico statale non derivano, però, la loro validità dalla promozione di un valore, neppure dalla promozione del supremo valore della pace: essi «sono validi indipendentemente dal fatto di realizzare la pace e dalla misura di tale realizzazione»<sup>29</sup>.

26. Ivi, p. 467.

27. H. Kelsen, *Diritto e pace nelle relazioni internazionali. Le Oliver Wendell Holmes Lectures, 1940-41*, a cura di C. Nitsch, Giuffrè, Milano 2009, p. 108.

28. Questa problematica è stata affrontata da Kelsen in maniera non sempre lineare e coerente. Se ne veda l'ultima completa formulazione in H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, a cura di M. G. Losano, Einaudi, Torino 1966, pp. 244-7. Il tema della *Grundnorm* non è di immediata comprensione e ha sempre sollecitato la fantasia del lettore non specialista, seppur culturalmente raffinato, nei modi più imprevedibili. Si veda al riguardo come un romanziere, Antonio Tabucchi, fa definire la *Grundnorm* da un personaggio di *La testa perduta di Damasceno Monteiro* (Feltrinelli, Milano 1997, pp. 114-5): «Se vuole è un'ipotesi metafisica, disse l'avvocato, perfettamente metafisica. E se vuole questa è veramente una cosa kafkiana, è la Norma che ci invischia tutti quanti e dalla quale, anche se le sembra incongruo, potrebbe discendere la prepotenza di un signorotto che si crede in diritto di frustare una puttana. Le vie della *Grundnorm* sono infinite».

29. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, cit., p. 246.

### 3. La fiducia nel diritto

Il tema della fiducia nel diritto come strumento principe di civilizzazione sociale e pacificazione tra le genti sottintende, certamente, il rapporto tra fiducia e diritto ma tende, pure, a porsi rapidamente come discorso autonomo, espressione più di un sentimento cetuale di orgoglio dei giuristi che di una ragionata opinione dottrinale sugli scopi e la funzione della categoria giuridica. Ciò nelle due versioni, quella, più pragmatica, sulla fiducia nel lavoro dei giuristi di professione come naturali mediatori e appianatori delle situazioni conflittuali e quella, più concettuale, sulla fiducia nella missione del diritto come pratica di regolazione sociale eticamente ispirata.

Al primo versante può essere ascritta l'argomentazione di Kelsen a favore della costituzione di una Corte internazionale cui sottoporre obbligatoriamente tutte le controversie tra Stati. Il più rilevante problema da affrontare in questa direzione è la garanzia di imparzialità sostanziale che tale Corte può offrire. Come dissipare il dubbio, nutrito dalla parte soccombente, che la soluzione adottata, pur prevista dal diritto positivo, sia iniqua e ingiusta? Sorprendentemente, il giurista teorico che più ha denunciato, nel corso del Novecento, gli aspetti ideologici incorporati in alcuni istituti giuridici e nel funzionamento del diritto, messo alla prova dei fatti, individua in una Corte l'autorità che sappia, con la maggiore imparzialità possibile, discernere tra il giusto e l'ingiusto all'interno del diritto positivo. La riottosità dei governi a sottomettere le controversie in atto a una giurisdizione internazionale nasce proprio da questa capacità di una Corte di adattare il diritto alle esigenze di equità e di giustizia. Tale capacità è, per Kelsen, una capacità professionale, descritta in termini di ammirazione e, per l'appunto, di fiducia: «per quanto possa apparire a prima vista paradossale, un gruppo di uomini indipendenti, esperti e coscienziosi, professionalmente in rapporto con il diritto, non coinvolti essi stessi nel conflitto particolare, sono a volte meglio preparati a decidere tale questione rispetto al legislatore, che è sempre più o meno politicamente impegnato»<sup>30</sup>. Sul secondo versante si situa l'«elogio» del diritto, contenuto nelle pagine di una conferenza fiorentina di Piero Calamandrei. Calamandrei corregge l'incontestabile affermazione che dietro il diritto vi sia la forza in questi termini:

questa forza che crea il diritto non è la cieca violenza, ma è sopra tutto, alla fine, la forza della coscienza morale, la fede in certi insopprimibili valori umani, l'aspirazione verso la bontà e verso la pietà, questa fede che in certi momenti, se è

30. Kelsen, *Diritto e pace nelle relazioni internazionali*, cit., pp. 155-6.



veritiera, sa di diventare forza anche nel senso guerriero della parola, e impugna le armi per salvare la patria dall'invasore e la civiltà dalla distruzione, e s'accorge allora che c'è al di sopra, a moltiplicar le forze, l'aiuto di Dio<sup>31</sup>.

Dalla moralità del diritto si torna, così, alla missione morale del giurista: «Se al giurista, che è essenzialmente un legalitario, non è consentito di prender parte attiva, fino a che vuol fare opera di giurista, alla lotta per la instaurazione di leggi più giuste, è però suo ufficio, altrettanto importante, lottare attivamente affinché il diritto vigente *sia giustamente applicato*»<sup>32</sup>. Il fervore delle parole di Calamandrei, si giustifica con il nobile impegno in difesa della legalità<sup>33</sup>, minacciata dalle mode giusliberiste e soprattutto, all'epoca in cui Calamandrei pronuncia questa conferenza, dall'invasenza e dall'arroganza di un potere politico sconfinante nel «cieco arbitrio». La retorica della fede nel diritto allontana, però, questo scritto dalla sensibilità del giurista attuale.

Oggi non è meno viva, tra i giuristi, la fiducia nel diritto e nella scienza giuridica. Vi sono, però, degli importanti elementi di cambiamento, non ancora del tutto esplorati e chiariti dal punto di vista della loro struttura materiale e degli orizzonti teorici che hanno dischiuso. Materia di riferimento per l'elaborazione concettuale non è più, o non è più soltanto, il diritto positivo degli Stati nazionali e dei rapporti interstatuali ma un diritto globale *in fieri* che esige una vocazione universalistica della scienza giuridica. L'universalismo, di cui si parla, non è ora l'universalismo morale della civiltà giuridica, cui alludevano i giuristi dell'Ottocento e di gran parte del Novecento; è l'universalismo che accompagna il processo reale della «progressiva universalizzazione del diritto» e che postula l'esistenza di un «patrimonio giuridico universale, che rafforza l'unità giuridica del mondo»<sup>34</sup>. Questo universalismo indica più il grande spazio nel quale la cultura giuridica attiva le sue tecniche e i suoi metodi conoscitivi che non la risposta all'esigenza universale, perché comunemente condivisa, di vivere senza ansia e con fiducia all'interno della società complessa.

31. Calamandrei, *Fede nel diritto*, cit., pp. 96-7.

32. Ivi, p. 102.

33. Ivi, p. 95: «Finché ci saranno leggi, vi sarà un campo di lavoro per i giuristi ed una loro missione sociale: qualunque siano le leggi, sotto ogni regime purché basato sulle leggi, i giuristi avranno il grande ufficio di essere gli assertori e i custodi della *legalità*».

34. S. Cassese, *Universalità del diritto*, Editoriale scientifica, Napoli 2005, pp. 16, 30.