

Tommaso Greco

Relazioni giuridiche. Una difesa dell'orizzontalità nel diritto

1. Il ritorno di Medardo

Come nel *Visconte dimezzato*, dopo molti anni e soprattutto dopo le voci che la volevano morta per sempre, la parte buona dell'uomo è tornata. Ha dovuto farsi strada tra molte insidie e ha faticato per farsi riconoscere. Infatti, esattamente come avviene nel romanzo di Calvino, le sono stati attribuiti per lungo tempo secondi fini, nei quali si insisteva a veder mascherata la parte cattiva e malvagia. Ma alla fine Medardo il Buono sembra avercela fatta: le segnalazioni della sua presenza nel regno di Terralba si moltiplicano e si fa persino fatica a raccoglierte tutte.

È davvero questa l'impressione che si ricava nel mettere in fila le numerose pubblicazioni recenti relative a tematiche da cui risulta – o dalle quali si vuol far risultare – l'inclinazione 'positiva', cooperativa, fiduciaria, della natura umana. Sembra di poter dire, a giudicare dai molteplici titoli, che l'epoca dell'egoismo è tramontata¹, che l'epoca del 'noi' si è sostituita a quella dell' 'io'², che la cultura dello stare insieme ha preso piede nelle solitarie e conflittuali società occidentali³ e che, in generale, è venuto finalmente il momento di dare ascolto, anche nella sfera pubblica e non solo in quella privata, ai sentimenti e alle 'ragioni del cuore'⁴, proclamando – ebbene sì – che l'altruismo ci appartiene per natura⁵. Persino la *fraternità* torna a fare capolino, dopo il lungo oblio dovuto alle eccessive speranze riposte per un secolo sul binomio libertà-uguaglianza⁶. *Compassione ed amore*

1 *L'egoismo è finito* è il titolo di un volumetto di A. Galdo, Einaudi, Torino 2012. In questo contesto, va contromano l'*Elogio dell'egoismo* fatto da A. Torno, Bompiani, Milano 2012.

2 Cfr. R. Carlini, *L'economia del noi. L'Italia che condivide*, Laterza, Roma-Bari 2011.

3 Cfr. R. Sennett, *Insieme. Rituali, piaceri, politiche della collaborazione*, Feltrinelli, Milano; per una lettura che si pone sul piano della riflessione religiosa E. Bianchi, *Insieme*, Einaudi, Torino 2010.

4 Cfr. M.C. Nussbaum, *L'intelligenza delle emozioni*, a cura di G. Giorgini, Il Mulino, Bologna 2004; R. De Monticelli, *Le ragioni del cuore. Etica e teoria del sentire*, Garzanti, Milano 2003.

5 Cfr. S. Bonino, *Altruisti per natura. Alle radici della socialità positiva*, Laterza, Roma-Bari 2012. Si tratta di un argomento che ha avuto i suoi paladini anche in passato (cfr. almeno T. Nagel, *The possibility of Altruism*, Princeton University Press, Princeton 1970) e soprattutto di un tema che, sempre più decisamente, dalle discussioni filosofiche si è spostato sul piano delle indagini scientifiche. Si vedano i contributi raccolti in R.W. Sussman, C.R. Cloninger (eds), *Origins of Altruism and Cooperation*, Springer, New York Dordrecht Heidelberg London 2011.

6 Cfr. A. Marzanati, A. Mattioni (a cura di), *La fraternità come principio del diritto pub-*

aspirano (o tornano?) ad essere parole della politica⁷; la grammatica dell'amicizia reclama quello spazio che le era stato sottratto dalla logica amico-nemico⁸; solidarietà e fiducia tendono a sostituire diffidenza e paura⁹. È una novità che non può

blico, Città Nuova, Assisi 2007; F. Pizzolato, *Il principio costituzionale di fraternità. Itinerario di ricerca a partire dalla Costituzione italiana*, Città Nuova, Assisi 2012; M.R. Manieri, *Fraternità. Rilettura civile di un'idea che può cambiare il mondo*, Marsilio, Venezia 2013. In questo contesto, è significativo che un'autrice liberal come Nadia Urbinati segnali il paradosso di una società dei diritti «che ha liberato gli individui da preesistenti lacci sociali autoritari e gerarchici ma non ha consolidato nuovi vincoli, non ha edificato quella sorta di cemento etico capace di tenere insieme una società di individui autonomi» (*Liberi e uguali. Contro l'ideologia individualista*, Laterza, Roma-Bari 2011, p. 7).

7 Cfr. da ultimo M.C. Nussbaum, *Emozioni politiche. Perché l'amore conta per la giustizia*, Il Mulino, Bologna 2014. Interessante la lettura 'pratica' di G. Cosmacini, *Compassione. Le opere di misericordia ieri e oggi*, Il Mulino, Bologna 2012. Per una 'storia' di questo sentimento rimando a H. Ritter, *Sventura lontana. Saggio sulla compassione*, Adelphi, Milano 2007, e a A. Prete, *Compassione. Storia di un sentimento*, Bollati Boringhieri, Torino 2013. In ambito filosofico-giuridico, S. Amato, *Coazione, coesistenza, compassione*, Giappichelli, Torino 2002.

8 Ai molti testi generali dedicati al tema dell'amicizia – tra i quali mi limito a ricordare J. Epstein, *Amicizia*, Il Mulino, Bologna 2008, e D.H. Hruschka, *Friendship. Development, Ecology and Evolution of a Relationship*, University of California Press, Berkeley-Los Angeles-London 2010 –, vanno affiancati i lavori che rivendicano esplicitamente il valore politico dell'amicizia. Tra tutti, spiccano J. Derrida, *Politiche dell'amicizia*, Cortina, Milano 1995, e M.C. Nussbaum, *La fragilità del bene. Fortuna ed etica nella tragedia e nella filosofia greca*, a cura di Gf. Zanetti, Il Mulino, Bologna 2004. Cfr. altresì G. Carnevali, *Dell'amicizia politica. Tra teoria e storia*, Laterza, Roma-Bari 2001. Nel campo filosofico-giuridico, fondamentale è la riflessione di E. Resta, *Il diritto fraterno*, Laterza, Roma-Bari 2001, in particolare cap. I. Un approfondimento dal punto di vista della storia del pensiero è offerto dai saggi raccolti in N. Kapur Badhwar (ed.), *Friendship. A Philosophical Reader*, Cornell University Press, Ithaca-London 2003.

9 Si veda da ultimo, S. Rodotà, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, Roma-Bari 2014. Due lavori cruciali per l'elaborazione del paradigma relazionale e fiduciario nell'ambito della sociologia sono P. Donati, *Teoria relazionale della società*, FrancoAngeli, Milano 1998; R. Prandini, *Le radici fiduciarie del legame sociale*, FrancoAngeli, Milano 1998. A questi occorre aggiungere, quanto meno, N. Luhmann, *La fiducia*, Il Mulino Bologna 2002; R. Zöll, *La solidarietà. Eguaglianza e differenza*, Il Mulino, Bologna 2002; B. Pastore, *Pluralismo, fiducia, solidarietà*, Carocci, Roma 2007. L. Scillitani, *Fiducia, diritto, politica. Prospettive antropologico-filosofiche*, Giappichelli, Torino, 2007; i saggi raccolti in «Parolechiave», n. 42 (2009), in particolare – nella prospettiva filosofico-giuridica – i saggi di O. De Leonardis, *Appunti su fiducia e diritto. Tra giuridificazione e diritto informale* (pp. 121-132), e di F. Riccobono, *Fiducia, fede, diritto* (pp. 133-140); R. Cippitani, *La solidarietà giuridica tra pubblico e privato*, Università degli Studi di Perugia, Perugia 2010. Rilevante è la raccolta di saggi in tre volumi curati da L. Alici e F. Viola: *Forme della cooperazione. Pratiche, regole, valori*, a cura di F. Viola, Il Mulino, Bologna, 2004; *Forme della reciprocità. Comunità, istituzioni, ethos*, a cura di L. Alici, Il Mulino, Bologna, 2004; *Forme del bene condiviso*, a cura di L. Alici, Il Mulino, Bologna, 2007. Da segnalare anche un'attenzione – non necessariamente elogiativa, anzi talora serenamente critica, sebbene non pregiudizialmente negativa come accadeva in un recente passato –, per il tema della comunità: Cfr. Z. Bauman, *Voglia di comunità*, Laterza, Roma-Bari 2001; M. Esposito, *Oikonomia: una genealogia della comunità*, Mimesis, Milano 2011, ma soprattutto è da segnalare l'impegnativo lavoro di G. Bombelli, che ha trovato realizzazione, sinora, nei volumi: *Occidente e 'figure' comunitarie. Volume introduttivo. «Comunitarismo» e «comunità». Un percorso critico-esplorativo tra filosofia e diritto*, Jovene Editore, Napoli 2010; *Occidente e 'figure' comunitarie. Volume 1. Un ordine inquieto: koinonia e comunità «radicata». Profili filosofico-giuridici*, Jovene Editore, Napoli 2013.

rimanere inosservata, poiché davvero appena ieri eravamo sommersi di messaggi di ogni genere che volevano convincerci del contrario, e cioè del fatto che l'umanità fosse composta di esseri machiavellianamente 'tristi', pronti a far fuori il proprio simile per trarre dalle relazioni sempre il massimo vantaggio personale¹⁰. A fronte di chi ci aveva abituato a leggere la storia come un *continuum* di guerre che ha nella cattiveria umana il suo principio generatore, tutta la storia della civiltà viene ora riletta attraverso il filo, forse meno visibile ma più resistente, della empatia¹¹.

Si tratta di una 'ondata' che sta interessando da tempo gli studi sociologici e filosofici – si pensi soltanto alla ormai vasta letteratura sul dono¹² –, e alla quale non è rimasta estranea nemmeno la scienza del diritto, che tra tutte sembra certamente quella meno adatta a farsi carico della centralità delle relazioni. Se si è potuto parlare di un diritto *fraterno*¹³, ad esempio, è perché questa nuova sensibilità ha trovato menti pronte ad accoglierla (o addirittura a stimolarla) anche negli ambienti spesso asfittici della riflessione giuridica. E temi 'nuovi', come quello dei beni comuni, sembrano offrire il terreno più adatto per mettere questa nuova sensibilità alla prova delle esigenti categorie del diritto¹⁴.

10 In un libro degli anni '70, uno dei maggiori divulgatori che l'Italia abbia conosciuto negli ultimi decenni, si sforzava di dimostrare proprio questa tesi, rinviano a studi di etologia che ben presto sarebbero stati superati. Gli anni '80 dovevano ancora arrivare, ma già l'epoca del narcisismo e dell'egoismo aveva avuto la sua consacrazione scientifica. Cfr. Piero Angela, *La vasca di Archimede*, Garzanti, Milano 1976 (cfr. in particolare p. 216 ss). Nonostante le intenzioni, non molto diverso appare l'esito degli inviti ad essere altruisti "perché conviene" (cfr. ad es. S. Einhorn, *Essere buoni conviene*, Mondadori, Milano 2007).

11 J. Rifkin, *La civiltà dell'empatia*, Mondadori, Milano 2010. «Recenti scoperte nel campo della neurologia e delle scienze dell'età evolutiva – scrive il noto studioso americano – ci costringono a rivedere l'inveterata convinzione che gli uomini siano per natura aggressivi, materialisti, utilitaristi e dominati dall'interesse personale» (p. 3). L'idea che la storia (soprattutto quella economica) vada riletta a partire dal principio della cooperazione è alla base anche del lavoro di P. Seabright, *In compagnia degli estranei. Una storia naturale della vita economica*, Codice edizioni, Torino 2008. Tutta questa letteratura ha interessanti riflessi nell'uso delle metafore animali: è significativo, ad esempio, che sempre più spesso venga evocato il modello cooperativo delle api (Cfr. Galdo, *L'egoismo è finito*, cit., p. 12 s). Sull'uso di questo modello si può leggere un affascinante saggio di P. Costa, *Le api e l'alveare. Immagini dell'ordine fra 'antico' e 'moderno'*, in Aa.Vv., *Ordo Iuris. Storia e forma dell'esperienza giuridica*, Giuffrè, Milano 2003, pp. 373-409. In generale, sull'uso delle metafore animali (e non solo), F. Rigotti, *Il potere e le sue metafore*, Feltrinelli, Milano 1992 (in particolare 117 ss).

12 Su cui fanno il punto i saggi raccolti nei due volumi dello *Handbook of the Economics of Giving, Altruism and Reciprocity*, edited by S.-C. Kolm and J. Mercier Ythier, Elsevier, Amsterdam 2006. Per una lettura filosofico-giuridica, F. Zini, *Il dono nella prospettiva della filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 2011. Un tema che, evidentemente, non è confinabile nel recinto delle società arcaiche ma che emerge persino all'interno delle società telematizzate: cfr. M. Aime - A. Cossetta, *Il dono al tempo di internet*, Einaudi, Torino 2010.

13 Il riferimento è ovviamente al lavoro di Resta, *Il diritto fraterno*, cit.

14 Nella ormai cospicua letteratura su questo tema, si vedano U. Mattei, *Beni comuni. Un manifesto*, Laterza, Roma-Bari 2011, nonché le rassegne offerte da P. Cacciari (a cura di), *La società dei beni comuni. Una rassegna*, Ediesse, Roma 2010, e L. Coccoli (a cura di), *Beni comuni. Il dibattito internazionale*, goWare, Firenze 2013. Mi sembra di poter dire che la feroce critica di E. Vitale, *Contro i beni comuni. Una critica illuministica*, Laterza, Roma-Bari 2013, si basi, quando

2. Diritto e relazioni: due modelli

Non deve sorprendere il fatto che le relazioni – con i “beni relazionali” che esse producono – abbiano faticato, più che altrove, per trovare uno spazio all’interno della scienza giuridica. La scienza giuridica che conosciamo, infatti, si è costituita in esplicita antitesi con ciò che dei beni relazionali sta alla base, e cioè con l’idea del legame sociale. Il “progetto giuridico” moderno è cresciuto non solo in completa autonomia ma volutamente in contrapposizione alla possibilità di intendere la relazionalità quale fattore costitutivo e primordiale della società¹⁵.

Tale contrapposizione, come è ampiamente noto, ha ragioni innanzi tutto filosofico-politiche e antropologiche. Essa si connette alla necessità di pensare l’ordine sociale a partire dal nuovo soggetto individuale, che viene a sostituirsi alla comunità quale punto di partenza del discorso politico¹⁶. Tutta la storia del giusnaturalismo moderno, pur negli accenti diversi riconducibili alla diversità degli obiettivi politici perseguiti dai singoli autori, sta dentro questo schema.

Ma la contrapposizione tra relazionalità e diritto ha anche ragioni giuridiche. Porre la relazionalità quale fattore originario dell’ordine implica infatti un corollario che non può rientrare negli schemi di una scienza giuridica formalistica, qual è quella moderna: il corollario secondo cui la relazionalità rappresenta un fattore normativo antecedente alla (e indipendente dalla) norma positiva sanzionata. L’obiettivo del pensiero giuridico moderno – che ha in Hobbes il suo patriarca – è stato proprio quello di estirpare ogni idea di normatività che non avesse origine nel patto politico stipulato dagli individui sovrani e nella *voluntas* che viene ad incarnarlo.

Adottando lo schema weberiano del ‘tipo ideale’ è possibile pertanto individuare un doppio modello con riguardo ai rapporti tra diritto e relazioni. Un primo modello si radica nell’antichità e ha nell’idea della relazionalità originaria il suo punto focale. Si tratta del modello che Aristotele ha condensato una volta per tutte nella sua immagine dell’uomo come “animale sociale” e nella conseguente centralità dell’amicizia come fondamento della vita civile¹⁷. Al di là delle considerazioni critiche che possono essere fatte sull’organicismo della proposta aristote-

non su una incomprensione di ciò che sta a fondamento della letteratura sui beni comuni, su un suo netto rifiuto, formulato dal solito punto di vista realistico che sa leggere nella realtà solo ciò che lo conferma.

15 Cfr. R. Nisbet, *La comunità e lo Stato*, Edizioni di Comunità, Milano 1957. Sulla modernità giuridica, mi limito a rimandare ai lavori fondamentali della Scuola fiorentina: cfr. in particolare P. Costa, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico*. Vol. I. *Da Hobbes a Bentham*, Giuffrè, Milano 1974; P. Grossi, *Mitologie giuridiche della modernità*, Giuffrè, Milano 2007.

16 Cfr., per tutti, R. Esposito, *Communitas. Origine e destino della comunità*, Einaudi, Torino 1998.

17 Cfr. Nussbaum, *La fragilità del bene*, cit.; Gf. Zanetti, *Amicizia, felicità, diritto. Due argomenti sul perfezionismo giuridico*, Carocci, Roma 1998, in particolare pp. 97 ss; Gf. Zanetti, *Ragion pratica e diritto. Un percorso aristotelico*, Giuffrè, Milano 2001; L. Smith Pangle, *Aristotle and the Philosophy of Friendship*, Cambridge University Press, Cambridge 2003.

lica, il significato di questo modello è piuttosto chiaro: c'è una capacità originaria dell'uomo di porre in essere relazioni sociali e di 'sostenerle': in questo quadro, il diritto ha un posto, per così dire, 'laterale', in quanto non gli è assegnato il compito prioritario di costituire e mantenere il legame sociale. Oltre ad avere una funzione regolativa, esso interviene soprattutto nella fase patologica della relazione, quando ci sono «quelli che non ubbidiscono e sono riottosi per natura»¹⁸.

L'altro modello rovescia il rapporto tra diritto e relazioni, incentrandolo sulla priorità del primo termine. Il diritto diventa così costitutivo della possibilità stessa delle relazioni umane, che non sono pensabili al di fuori di una struttura coercitiva che le garantisca e le sostenga 'dall'alto'. Se con il ricorso ad un facile schematismo possiamo chiamare 'hobbesiano' questo modello è perché nessuno come l'autore del *Leviathan* ha saputo porre la diffidenza quale esclusivo punto di origine e di sostegno della propria impalcatura teorica oltre che del proprio progetto istituzionale.

Si tratta di due modelli che hanno accompagnato la storia della filosofia politica e giuridica¹⁹, e sui quali si è basata pure, a partire dalla seconda metà dell'Ottocento, l'opera di concettualizzazione della scienza sociologica: le grandi dicotomie che hanno scandito la nascita di questo nuovo sapere – *status* e contratto (Maine), comunità e società (Tönnies), solidarietà meccanica e solidarietà organica (Durkheim) – riprendono, seppure con variazioni rilevanti, quell'alternativa e la ripropongono in un contesto particolare, nel quale la successione storica tra modello 'antico' e 'moderno' viene trasfigurata nell'alternativa (talora tragica) tra due modalità di convivenza sociale²⁰.

Tuttavia, ciò che accomuna – non tanto paradossalmente – questi due modelli ideali è la scissione messa in opera da entrambi tra legami e diritto. Se, in un caso, il diritto è posto inequivocabilmente a distanza dal legame sociale, il quale si mantiene per virtù propria ("per natura") e chiama in soccorso il diritto soltanto quando si trova messo in questione, nell'altro caso il diritto assorbe letteralmente ogni trama relazionale, prosciugandola delle sue peculiarità: al legame sociale si sostituisce integralmente un legame giuridico, che pensa se stesso come sufficiente e rende inutile il ricorso a ogni altra tipologia di legame. In entrambi i casi, la pre-

18 Aristotele, *Etica Nicomachea*, 1155 a, 20-30; tr. it. di M. Zanatta, Rizzoli, Milano, 2004, p. 490.

19 Nel suo saggio *Il legame sociale* (in B. Montanari, a cura di, *Luoghi della filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino 2009, pp. 65-86), Salvatore Amato ha individuato in questi due modelli l'origine di due tradizioni diverse e contrapposte, basate, l'una, sull'idea dell'«uomo che incontra l'uomo» (la tradizione del 'bene' politico), l'altra sull'idea dell'«uomo che muove l'uomo» (la tradizione del 'male' politico). Intorno a queste idee, Amato ricostruisce sinteticamente, ma efficacemente, tutta la storia della filosofia politica e giuridica dall'antichità al Novecento. Segnalo però che, per Amato, la tradizione del 'male' politico, che pure si sviluppa a partire dalle guerre di religione, può essere fatta risalire a Platone e alla sua idea che «gli uomini sono in continua lotta tra loro perché sono in continua lotta con se stessi» (p. 74).

20 Mi pare d'obbligo rinviare il lettore, che pretenda un approfondimento di questa ipotesi di ricostruzione, al mio *Diritto e legame sociale*, Giappichelli, Torino 2012.

senza dell'uno sembra escludere quella dell'altro; là dove entra in gioco il diritto sembra terminare la possibilità che si dia un legame sociale autentico e originario²¹.

Può sorprendere, ma non tanto diversa appare la conclusione cui giunge talora la letteratura contemporanea sui beni relazionali: essi sono beni 'informali', che si pongono dentro una sfera che rifugge all'alternativa tra pubblico e privato, e sono caratterizzati da una natura tale da escludere che siano realizzabili mediante lo «scambio di equivalenti» oppure – ed è ciò che qui ci interessa – «attraverso una relazione comandata da norme o leggi, perché altrimenti i soggetti non sono liberi, ma costretti»²².

Così stando le cose, sembrerebbe esclusa in via di principio la possibilità di avvicinarsi ai beni relazionali adottando lo sguardo del diritto. Non si può non notare, però, che in questa riflessione – così come nei modelli classici che abbiamo rapidamente ricordato – l'incompatibilità tra diritto e relazioni è argomentata a partire da una determinata visione del diritto, che lo riduce alla sola dimensione potestativa e coercitiva. Non c'è alcun dubbio che la relazione si interrompa – e il bene relazionale non si dia – laddove il diritto intervenga mettendo in campo la forza. Da questo punto di vista, non può che esserci una proporzionalità inversa tra presenza di beni relazionali e presenza del diritto²³. Ma occorre chiedersi se sia solo questa la dimensione nella quale possiamo collocare il diritto – quella della costrizione e del comando sanzionato – oppure se non sia possibile individuare un'altra dimensione che lo renda compatibile con l'idea della relazionalità e del legame sociale.

Cercherò di portare, sebbene in una forma ancora del tutto provvisoria, alcune ragioni in favore di questa ulteriore dimensione, nella convinzione che la possibilità di argomentare *giuridicamente* in tema di relazioni sociali – e dunque anche di beni relazionali – non possa non passare dalla messa in questione di quella che possiamo chiamare una concezione 'verticalistica' del diritto (che pensa il diritto cioè esclusivamente nei termini del comando 'dall'alto' accompagnato dalla relativa minaccia della sanzione), aprendo il discorso ad una visione più comprensiva, che sappia valorizzarne la dimensione 'orizzontale' (attenta invece alla normatività

21 Il dibattito teorico-giuridico sembra ricalcare, da questo punto di vista, quello della teoria economica, che lega la socialità genuina solo al sacrificio del benessere individuale, dando «una rappresentazione dell'interazione come un gioco dove quanto si guadagna sul terreno della relazionalità e sincerità lo si perde in termini economici» (L. Bruni, *Reciprocità. Dinamiche di cooperazione, economia e società civile*, Bruno Mondadori, Milano 2006, p., 3; lo stesso discorso è condotto da Bruni a proposito della gratuità: *L'economia civile e la dimensione della gratuità*, in «Impresa sociale», n. 23, apr-giu 2007, pp. 23-36). Nel campo del diritto, quanto si guadagna in termini giuridici lo si perde in termini di relazionalità. Un'impostazione di questo tipo sembra appartenere anche a chi ha visto nel diritto – non diversamente, anche stavolta, di quanto si è fatto con riguardo alle relazioni economiche (cfr. ancora Bruni, *Reciprocità*, cit., p. 38) –, soprattutto una sorta di 'liberazione' dai legami sociali tradizionali, considerati gerarchici, inegualitari e talora anche violenti (cfr. ad es. S. Rodotà, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Feltrinelli, Milano 2006, p. 14).

22 P. Donati, *Presentazione. Alla scoperta di «altri» beni, che non sono né idee, né cose, né prestazioni*, in P. Donati-R. Solci, *I beni relazionali. Che cosa sono e quali effetti producono*, Bollati Boringhieri, Torino 2011, p. 9-10.

23 Cfr. Donati-Solci, *I beni relazionali*, cit., p. 73.

che passa all'interno della relazione): una dimensione che non può non essere presente nel diritto in quanto fenomeno inequivocabilmente sociale²⁴. Del resto, se persino i beni materiali possono essere letti come "relazione sociale", «nel senso che esistono come beni nella società se sono visti sotto l'aspetto delle relazioni sociali che implicano»²⁵, come si può pensare che il diritto rappresenti solo *l'altro* – la negazione – della relazione? E ancora, se è vero che «i beni relazionali svolgono funzioni in ognuno dei settori che definiscono la vita sociale: nel mercato, nella sfera politica, nelle comunità locali e nelle reti associative, nelle reti informali»²⁶, come è possibile pensare che tale funzione non abbia a che fare con la rete normativa e giuridica che spesso costituisce quelle sfere? Infine: è davvero pensabile che un soggetto che ha tanta importanza «in tutte le scienze umane»²⁷ possa continuare ad essere ignorato da quella giuridica?

Invece di escluderle dallo spazio del diritto, si tratterà di capire piuttosto qual è il ruolo peculiare che in esso giocano le relazioni orizzontali, cogliendone non solo il significato ma pure la 'posizione': il loro porsi cioè su un crinale assai stretto che segna il confine, non tra 'diritto' e 'non diritto', bensì tra dimensione orizzontale e dimensione verticale *del* diritto.

3. Una visione 'compatibilista'

Chiediamoci però innanzi tutto: è davvero così? Siamo sicuri che la scienza giuridica si sia completamente disinteressata – nel senso di non esser riuscita a dare spazio teorico, includendone la nozione all'interno della definizione e della individuazione della sfera giuridica – dei legami e delle relazioni?

Ancora una volta, sembra di poter dire che una conclusione come questa dipende dall'aver troppo circoscritto la nozione di diritto e di scienza giuridica, soprattutto a partire dal secolo XIX, quando ad essi – nel tentativo di segnare con esattezza matematica i confini che dividevano (o meglio, avrebbero dovuto dividere) il diritto dalle altre sfere normative – sono stati fatti assumere i caratteri formalistici che si sono trascinati sino ad oggi (o sino ad un ieri molto prossimo).

Eppure non sono mancati i tentativi di correggere tale impostazione riduzionistica. Si pensi soltanto alle teorie antiformalistiche dei primi decenni del Novecento: pur nella diversità che contraddistingue gli approcci e gli obiettivi degli autori

24 Il tema della orizzontalità del diritto apre spazi ben più ampi rispetto a quelli cui si allude nel testo e riguarda, in generale, la messa in questione, o la crisi, delle strutture teoriche ed istituzionali legate al paradigma giuridico moderno. Cfr. ad es. M. Vogliotti (a cura di), *Il tramonto della modernità giuridica. Un percorso interdisciplinare*, Giappichelli, Torino 2008, in cui si contrappone il modello della rete a quello della piramide; A. Andronico, *Viaggio al termine del diritto. Saggio sulla governance*, Giappichelli, Torino 2012, che parla di «un processo di decentralizzazione, deterritorializzazione e deverticalizzazione che coinvolge ormai qualsiasi manifestazione del potere» (p. 79).

25 Donati-Solci, *I beni relazionali*, cit., p. 85.

26 Ivi, p. 91.

27 Ivi, p. 92.

e delle scuole²⁸, non vi è dubbio che esse siano state accomunate – nell’intenzione di ritrovare il nesso tra diritto e società – da una attenzione per gli elementi normativi presenti nel tessuto sociale. Nozioni come diritto *libero*, diritto *latente*, diritto *vivente*, avevano tutte l’obiettivo di far emergere una giuridicità “sociale” originata dalle relazioni interindividuali o tra gruppi. Un autore influente come Francois Géný, ad esempio, basava la convinzione che fosse possibile rintracciare nella realtà sociale *dati* giuridicamente rilevanti su una precisa visione antropologica, ed in particolare sulla visione dell’uomo quale «membro d’una società che lo mette in rapporto e in contatto incessante con i suoi simili»: il *fatto della società*, diceva il giurista francese, «lega gli uomini con un legame necessario», un legame che non è possibile ignorare o misconoscere nel tracciare la direzione dei rapporti giuridici²⁹. Non diversamente, il suo connazionale Léon Duguit dava il nome di *solidarietà* a quello che considerava il fatto fondativo della società e del diritto: si riferiva alla «interdipendenza che unisce tra loro, con la comunità dei bisogni e la divisione del lavoro, i membri dell’umanità e particolarmente i membri di uno stesso gruppo sociale»³⁰. Tale fatto aveva per Duguit un evidente e ineliminabile riflesso giuridico in quanto da esso scaturiva quella «regola sociale» – da considerare pienamente giuridica – che impone a ciascun individuo la solidarietà con gli altri soggetti. La cogenza di questa regola operava non solo nei confronti degli individui ma anche nei confronti del legislatore, il quale doveva operare in modo da favorire la solidarietà anziché contrastarla.

Si trattava, pur nella problematicità di questi assunti, di uscire dall’alternativa tra relazioni (senza diritto) e diritto (senza relazioni), riconoscendo che c’è un campo – quello dei legami e delle relazioni, appunto – che è imprescindibile per il diritto, sia per le implicazioni e i significati giuridici che essi sono capaci di avanzare *antecedentemente* alla norma legislativa che eventualmente li dovrà regolare, sia per l’influenza che essi esercitano sul funzionamento generale del diritto medesimo.

28 Il rimando d’obbligo, per un approfondimento, è a L. Lombardi Vallauri, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Giuffrè, Milano 1967. Molto utile l’antologia curata da A. Tanzi, *L’antiformalismo giuridico*, Cortina editore, Milano 1999. Alcune figure del dibattito italiano su formalismo e antiformalismo sono state ripercorse recentemente da V. Rapone, *Il limite extragiuridico dell’ordinamento. Momenti della riflessione giusfilosofica italiana del primo ‘900*, Editoriale Scientifica, Napoli 2012.

29 F. Géný, *Science et technique*, Vol. II, Librairie de la Société du Recueil Sirey, Paris 1915, pp. 18-19. A questo autore è stato dedicato un intero volume dei «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», n. 20 (1991). Cfr. anche lo studio di V. Rapone, *Logique ou réalité? Una lettura di Méthode d’interprétation et sources en droit privé positif di François Géný*, Aracne, Roma 2004, in particolare, per gli aspetti richiamati nel testo, p. 118 ss e p. 151 ss.

30 L. Duguit, *Il diritto sociale, il diritto individuale e la trasformazione dello stato* (1908), intr. di L. Bagolini, Sansoni, Firenze 1950, p. 44. Cfr. anche del medesimo autore *Sovranità e libertà*, a cura di V. Rapone, Giappichelli, Torino 2007, in particolare la lezione X, intitolata *La concezione solidarista della libertà*, p. 209 ss.

In un autore, che pur si dichiarava positivista, come Alessandro Levi la nozione di rapporto giuridico voleva segnalare, non solo la priorità logica del diritto nei confronti dello Stato, ma anche, e soprattutto, il fatto che il diritto, lungi dal poter essere identificato (e confuso) con i caratteri della statualità e della coattività, «rappresenta l'esigenza di valutazione intersoggettiva delle attività umane», che è esigenza di *socialità*³¹. Quando affermava che il diritto è nella sua essenza rapporto giuridico, e poi contestualmente scriveva che il rapporto giuridico è definito in quanto tale da una norma, Levi probabilmente cadeva in una contraddizione, come Norberto Bobbio non mancò di rimproverargli³², ma aveva anche l'obiettivo di stringere in un unico concetto l'idea dell'intersoggettività e l'idea del diritto, sottolineando che l'intersoggettività tipica di ogni attività umana è per ciò stesso valutabile in termini giuridici, in quanto il diritto altro non è che coordinazione delle attività dei soggetti che si relazionano negli ambiti della vita. In questo modo si raggiungevano due risultati che possono essere qui sottolineati: da un lato, il diritto veniva a rappresentare una forma «immanente dello spirito umano»³³, che riguardava ogni forma di relazione tra soggetti; dall'altro lato, si faceva emergere la natura particolare di ogni relazione intersoggettiva, che è relazione tra «contegni complementari», o, con parole più giuridiche, relazione tra «diritto ed obbligo» oppure tra «pretesa e prestazione»³⁴. Per questa via, si rischiava certamente il pan-giuridicismo, e soprattutto si smarriva quella possibilità di distinguere nettamente il diritto dagli altri fenomeni normativi, che era stato uno degli obiettivi della teoria statualistica del diritto. Ma ciò che sembrava si perdesse si poteva ritrovare su un altro piano, sempre rigorosamente scientifico, in quanto la conoscenza del diritto aveva tutto da guadagnare dallo spostamento dell'attenzione dal nesso Stato-cittadini a quello delle dinamiche relazionali che rappresentano la vera intelaiatura della vita giuridica (questo fu nella sostanza il compito rivendicato da Eugen Ehrlich alla sociologia del diritto, considerata quale 'vera' scienza del diritto³⁵). Soprattutto, si guadagnava la possibilità di porre l'attenzione sull'importanza che

31 A. Levi, *Ubi societas ibi ius*, in *Saggi di teoria del diritto*, Zanichelli, Bologna 1923, p. 83. Su questo autore, piuttosto trascurato, si vedano G. Fassò, *Il pensiero e l'opera di Alessandro Levi*, in «Studi parmensi», 1954, e ora in Id., *Scritti di filosofia del diritto*, a cura di E. Pattaro, C. Faralli, G. Zucchini, Giuffrè, Milano 1982, vol. I, pp. 211-231 e soprattutto la monografia di G. Marino, *La filosofia giuridica di Alessandro Levi tra positivismo e idealismo*, Jovene Editore, Camerino 1979. Un'attenzione più recente gli è stata dedicata da Paolo di Lucia che ha redatto la relativa voce per il *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, a cura di I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M.N. Miletti, Il Mulino, Bologna 2013.

32 Cfr. N. Bobbio, *Teoria generale del diritto come teoria del rapporto giuridico*, in *Scritti giuridici in onore della Cedam*, Cedam, Padova 1952, poi in Id., *Saggi sulla teoria generale del diritto*, Giappichelli, Torino 1955, cap. III, p. 53 ss. Ma si veda anche Id., *Teoria della norma giuridica*, Giappichelli, Torino 1958, p. 23 ss.

33 A. Levi, *Ordinamento giuridico, fatti e rapporti giuridici*, in *Saggi di teoria del diritto*, cit., p. 112.

34 Cfr. *ivi*, p. 120 ss. Questi temi sono ripresi e sviluppati nell'opera riassuntiva di tutto l'itinerario leviano, vale a dire la *Teoria generale del diritto*, Cedam, Padova 1967.

35 Cfr. E. Ehrlich, *I fondamenti della sociologia del diritto* (1913), a cura di A. Febbrajo, Giuffrè, Milano 1976.

le relazioni sociali hanno per il diritto, in quanto vi portano dentro – sia a livello teorico-definitorio, sia a livello pratico-fenomenico – quella dimensione orizzontale che rimaneva occultata nella visione positivistica e statualistica.

Non si può terminare questo brevissimo excursus sulla presenza della relazionalità nella riflessione giuridica (anche se ci siamo limitati a guardare ai primi decenni del secolo XX) senza fare un accenno al contributo prezioso offerto da una disciplina – l'antropologia culturale³⁶ – che, in virtù della natura particolare del proprio oggetto, ha dovuto porsi il problema del rapporto tra presenza del diritto e struttura delle relazioni sociali.

È, innanzi tutto, da considerare significativo il fatto che anche l'antropologia, come era avvenuto soltanto pochi anni prima per la sociologia, abbia dovuto far ricorso in modo cospicuo alle categorie giuridiche per poter adeguatamente comprendere le società tradizionali³⁷: quasi a dire che non è possibile ricostruire l'intreccio delle relazioni di una qualsivoglia società senza far ricorso ad una mappa giuridica. Ma poiché si trattava di utilizzare strumenti concettuali forgiati sulle (e dalle) tanto diverse società occidentali, il minimo che potesse capitare era che si fosse costretti a ripensare le categorie della scienza giuridica ottocentesca. Occorreva, in altre parole, inforcare occhiali nuovi per poter guardare le società "non-occidentali" e così, anziché farsi bloccare dal pregiudizio «sulla possibilità di rinvenire e analizzare fenomeni veramente giuridici in quelle società "inferiori" e più "semplici"»³⁸, alcuni autori hanno coraggiosamente proposto categorie alternative al fine di una comprensione adeguata delle società presso le quali si recavano. Bronislaw Malinowski è probabilmente l'autore che con maggior determinazione ha perseguito questo scopo. Nel suo celebre saggio del 1926, *Crime and Customs in Savage Society*, al fine di contestare l'immagine – a suo parere erronea – della spontaneità con cui i 'selvaggi' stavano sottomessi ai loro costumi (ciò che – in chi usava quell'immagine – rendeva non necessaria la presenza del diritto), l'antropologo polacco dimostrava come, alla base dell'ordine sociale – almeno di quello delle società delle isole Tobriand, dove egli si era recato – stava una *legge ferrea di reciprocità*, una vera e propria «arma» di cui le comunità disponevano «per far rispettare i propri diritti»³⁹. Tale legge era da considerare, allo stesso tempo, come

36 Per un quadro storico e teorico: A. Barnard, *Storia del pensiero antropologico*, Il Mulino, Bologna 2002; J. Beattie, *Uomini diversi da noi. Lineamenti di antropologia sociale*, Laterza, Roma-Bari 2004. M. Aime, *Il primo libro di antropologia*, Einaudi, Torino 2008; F. Remotti, *Prima lezione di antropologia*, Laterza, Roma-Bari 2003.

37 Ne danno testimonianza i testi raccolti a cura di U. Fabietti in *Alle origini dell'antropologia*. Tylor, Maine, McLennan, Lubbock, Morgan, Bollati Boringhieri, Torino 1998. Particolarmente significativo il percorso di H.S. Maine, sul cui contributo – non legato soltanto ad *Ancient Law* (1860) – si sofferma P. Grossi, *Una testimonianza 'provocante': Henry Sumner Maine*, in Id., *'Un altro modo di possedere'. L'emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza giuridica postunitaria*, Giuffrè, Milano 1977, p. 43 ss. Cfr. anche M. Piccinini, *Tra legge e contratto. Una lettura di Ancient Law di Henry S. Maine*, Giuffrè, Milano 2003.

38 A. Colajanni, Introduzione a B. Malinowski, *Diritto e costume nella società primitiva* (1926), Newton Compton, Roma 1972, p. 9.

39 Malinowski, *Diritto e costume nella società primitiva*, cit., p. 62.

sociale, economica, giuridica e politica, e dunque come 'misura' di ogni rapporto. Al di là delle intenzioni demistificatorie manifestate da Malinowski, il quale mirava a dimostrare, tra le altre cose, che il 'selvaggio' aveva le stesse pulsioni, di volta in volta, egoistiche e altruistiche dell'uomo occidentale, il risultato era in ogni caso quello di sottolineare la valenza giuridica delle relazioni sociali. Ci si trovava di fronte non a relazioni sociali senza diritto (come volevano gli studiosi criticati da Malinowski), e nemmeno a un diritto che costruiva le relazioni sociali mediante la coercizione e la forza organizzata, bensì a *relazioni sociali che erano relazioni giuridiche* e che permettevano di individuare il diritto inequivocabilmente nella trama delle aspettative e degli obblighi reciproci. Il principio di reciprocità valeva per la famiglia, per la società, per lo 'stato': «i diritti vantati dal capo nei confronti dei sudditi, dal marito nei confronti della moglie, dai genitori nei confronti dei figli, e viceversa – scriveva Malinowski – non sono esercitati arbitrariamente e unilateralmente, ma secondo ben definite regole, e disposti in catene ben equilibrate di servizi reciproci»⁴⁰. Ciò non significa, naturalmente, che tutte le regole basate sulla reciprocità fossero *legal rules*. Malinowski si sforzava infatti di cercare anche un confine tra diritto e costume, specificando come le norme giuridiche fossero distinte dalle altre in quanto erano «avvertite e considerate come obblighi da parte di una persona e giusti diritti da parte di un'altra. Esse non [erano] sanzionate da un motivo puramente psicologico, ma da un definito meccanismo sociale di forze vincolanti, basato sulla reciproca dipendenza, e realizzato nell'equivalente ordinamento di servizi reciproci, oltre che nella combinazione di tali diritti in concatenazioni di rapporti multipli»⁴¹. Il diritto, insomma, non era l'*altro* della relazione, e non era nemmeno *la* relazione; esso era semplicemente *dentro* la relazione.

4. Orizzontalità nel diritto

Il breve excursus compiuto ci ha permesso di ricordare che esiste una tradizione di studi – variegata, frammentata, ma consistente – che ha tentato di valorizzare la socialità del diritto e di non intendere i due termini come alternativi. La conclusione che è possibile trarne è che questa operazione è possibile alla condizione di non raffigurare il diritto mediante la sola dimensione potestativa e coercitiva⁴².

40 Ivi, p. 83.

41 Ivi, p. 91. Sulla visione del diritto di questo importante autore, con una sottolineatura delle diverse fasi che nel suo percorso è possibile evidenziare con riguardo all'analisi delle categorie giuridiche, cfr. I. Schapera, *Malinowski's Theories of Law*, in R. Firth (ed.), *Man and Culture. An evaluation of the work of Bronislaw Malinowski*, Routledge & Kegan Paul, London 1960, pp. 139-156.

42 Ciò non significa che occorra necessariamente rievocare la dimensione del "diritto naturale", a meno che, di questa nozione, non si dia un'accezione così ampia da coincidere con la «sensibilità per l'umano», come fa S. Amato, *Coazione, coesistenza, compassione*, cit., p. 167.

Impiegando uno schema in uso altrove⁴³, possiamo forse raffigurare i due modi di ricostruire il rapporto tra relazioni e diritto come teorie, a seconda dei casi, della distinzione ‘forte’ oppure ‘debole’. Se nelle teorie classiche si insiste sulla netta alternatività tra relazioni e diritto (dove ci sono le une non c’è l’altro, e viceversa), rinviando ad una distinzione che aspira ad avere valore fisso ed assoluto, nelle teorie sociali del diritto si raffigura invece il rapporto tra diritto e relazioni come un qualcosa che si pone lungo una linea continua, ai cui estremi, certo, ci sono situazioni nelle quali l’una esclude l’altro (la relazione *agapica*, da un lato, e il meccanismo della sanzione giuridica, dall’altro lato), ma che nella zona centrale permette di individuare relazioni sociali che, *nello stesso tempo*, configurano precisi rapporti giuridici.

Una tale affermazione è accettabile a patto che si riesca a delineare con sufficiente precisione un ambito nel quale questa coesistenza diviene possibile, un ambito cioè che permetta di configurare una relazione giuridica precedentemente e indipendentemente dalla possibilità di innescare la sanzione. Può sembrare – e qualcuno lo avrà pensato – tutta una questione di nomi o di parole: una relazione può essere definita giuridica indipendentemente dalla sanzione organizzata che deve sostenerla, a patto che si definisca il diritto indipendentemente dalla sanzione. Ma non avviene lo stesso – diciamolo quasi a mo’ di battuta – per ogni definizione del diritto? La verità è che possiamo definire una relazione come giuridica soltanto dopo aver definito (e delimitato) lo spazio del diritto. Il punto vero, allora, è un altro: una comprensione adeguata del ‘giuridico’ può seriamente occultare l’importanza che la dimensione orizzontale ha per la vita del diritto (e quindi per la sua definizione)? Rovesciando la prospettiva: la riflessione sui beni relazionali può davvero trascurare il ruolo che il diritto svolge all’interno delle dinamiche di reciprocità?

Uno sguardo rapido alla teoria del diritto contemporanea può essere utile, a questo punto, se non altro perché ci permette di incontrare una elaborazione più avvertita che in passato con riguardo alle problematiche di cui stiamo discutendo. La svolta impressa da Hart al dibattito postkelseniano può essere letta come una presa di coscienza, all’interno della teoria positivista del diritto, circa l’esistenza della dimensione sociale. Il tentativo di «promuovere la comprensione del diritto, della coercizione e della morale come fenomeni sociali diversi», che Hart annuncia all’inizio di *The Concept of Law*⁴⁴, conduce infatti a spostare l’attenzione dalla previsione della sanzione alla «generale richiesta di conformità» che genera quella pressione sociale da cui nasce il sentimento di obbligazione⁴⁵. L’adozione del punto di vista interno garantisce la possibilità di comprendere il modo in cui le norme operano nell’azione di coloro che le usano come guida della propria condotta: «le norme giuridiche operano nella loro vita non soltanto come abitudini o come base

43 Il riferimento è alla distinzione tra principi e regole. Mi limito qui a rinviare a G. Pino, *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna 2010, pp. 52-53, ove è possibile trovare i riferimenti bibliografici del dibattito su questo punto.

44 H.L.A. Hart, *Prefazione a Il concetto di diritto* (1961), a cura di M. Cattaneo, Einaudi, Torino 1991, p. XXIII.

45 Cfr. *ivi*, p. 103.

per la predizione delle sentenze dei tribunali o degli atti di altri funzionari, ma come criteri giuridici di comportamento che sono accettati. Cioè, essi non soltanto compiono con sufficiente regolarità ciò che il diritto esige da loro, ma considerano questo come un criterio giuridico di comportamento, gli si riferiscono nel criticare gli altri, e nel giustificare delle pretese, o nel riconoscere legittime delle critiche o delle richieste fatte da altri»⁴⁶.

Il discorso di Hart, tuttavia, è ancora troppo generico per i fini che stiamo perseguendo. L'individuazione di una sfera giuridica esistente precedentemente a quella della delle norme di giudizio non sposta ancora il nostro sguardo sulle relazioni, sebbene prepari il terreno per farlo⁴⁷. Serve un passaggio ulteriore, che può essere compiuto se si pone mente al fatto che la trama di azioni giuridiche individuata da Hart non è altro che una fitta trama di rapporti giuridici, nell'ambito dei quali i diversi soggetti mettono in contatto le proprie aspettative.

Ma qual è la natura di questi rapporti? È possibile individuare una loro 'struttura' che permetta di annoverarli nel più ampio insieme delle relazioni sociali? Sergio Cotta – certo, un autore che si colloca dentro un quadro di riferimenti molto diverso da quello di Hart ma che più di altri ha sottolineato l'intrinseca giuridicità del soggetto umano⁴⁸ – ci fornisce una risposta meritevole di attenzione. La sua analisi ontologica del soggetto lo porta a delineare quattro diverse "forme coesistenziali" (l'amicizia, la carità, la politica e il diritto)⁴⁹ all'interno delle quali il diritto viene a rivestire una forma di *apertura all'altro* caratterizzata da universalità e regolarità. Le caratteristiche tipiche della relazione giuridica – quelle che la differenziano dalle altre modalità che possono sembrare più immediate ed autentiche, come l'amicizia o la carità – non impediscono di parlare di «una reale possibilità di comprensione e collaborazione» che si instaura a partire dal riconoscimento dell'«altro come uomo, ossia pari a sé quanto all'essenza ontologica»: tale parità, dice Cotta, «è necessaria e sufficiente allo stabilirsi del rapporto giuridico»⁵⁰. Il fatto che si tratti di un rapportarsi che «non è di tipo immediato ma mediato dalla regola e che esso si stabilisca fra individui, i quali sono fra loro estranei dal punto di vista personale»⁵¹, non impedisce che si compia un movimento *coniuntivo* invece

46 Ivi, p. 161.

47 Qui si può richiamare la critica fatta, non solo ad Hart, ma a tutte le forme di convenzionalismo, ritenute incapaci di dar conto della dimensione intersoggettiva del diritto. Cfr. A. Schiavello, *Intersoggettività e convenzionalismo giuridico*, in F. Viola (a cura di), *Forme della cooperazione*, cit., pp. 59-106; Id., *Perché obbedire al diritto? La risposta convenzionalista ed i suoi limiti*, Ets, Pisa 2010.

48 Cfr. S. Cotta, *Soggetto umano, soggetto giuridico*, Giuffrè, Milano 1997. Su questo aspetto specifico del pensiero di Cotta, cfr. B. Montanari, *Soggetto umano-soggetto giuridico. Il diritto nella prospettiva ontologico-esistenziale di Sergio Cotta*, in *Il senso del diritto. Ricordando Sergio Cotta*, «TCRS-Teoria e Critica della Regolazione Sociale», 2009 (<http://www.lex.unict.it/tcrs/numero/2009/montanari.pdf>).

49 Cfr. soprattutto S. Cotta, *Il diritto nell'esistenza. Linee di ontofenomenologia giuridica*, Giuffrè, Milano 1985, in particolare pp. 69-115.

50 Ivi, p. 98.

51 Ivi, p. 102.

che *disgiuntivo*⁵². Dentro la relazione giuridica, in definitiva, «si rendono possibili tanto il riconoscimento dell'essere e della posizione dell'altro e del significato delle sue azioni, quanto la collaborazione e quindi il potenziamento di sé»⁵³.

La relazione giuridica, possiamo concluderne, lungi dall'essere una non-relazione è una relazione autentica che, *dentro* il diritto, realizza una forma di riconoscimento e di 'accoglienza' dell'altro. Anziché rappresentare uno spazio di immunizzazione del rapporto, il diritto può costituire – almeno fino a quando la comunicazione tra i soggetti non si interrompa e debba intervenire la sua dimensione verticale – una modalità di relazione, non solo del tutto compatibile *con*, ma assai fruttuosa *per* le relazioni sociali, anche per quelle più vicine alla produzione dei beni relazionali⁵⁴. Del resto, basti solo pensare a come il diritto sia decisivo per la struttura del nucleo familiare: un ambito che più di altri produce beni relazionali, e che non è pensabile se non a partire dalle regole che permettono di costruirlo e di costituirlo.

5. Orizzontalità nei diritti

La fugace perorazione a favore della orizzontalità *nel* e *del* diritto non può non approdare al tema che più di ogni altro sembra contraddirla e che invece conduce a confermarla. Mi riferisco ai diritti soggettivi, oggetto quant'altro mai suscettibile di essere interpretato come attinente ad una sfera del giuridico nella quale la relazione non è pensabile se non trasfigurata nel meccanismo della giurisdizionalizzazione, e quindi incastonata nella logica della immunità-verticalità. A volerla prendere sul serio nella sua completezza, la struttura dei diritti dimostra in realtà il contrario, e la nota ed articolata riflessione di Luigi Ferrajoli ci può aiutare in questo passaggio, sebbene occorra poi criticarla in alcuni aspetti decisivi.

In estrema sintesi, la doppia garanzia prevista da Ferrajoli a tutela dei diritti può ben essere interpretata come una chiara dimostrazione del fatto che la dimensione orizzontale conviva con (ma allo stesso tempo sia autonoma da) quella verticale. Ferrajoli usa i termini orizzontale e verticale in un senso differente da quello impiegato in queste pagine. Egli distingue le garanzie in orizzontali e verticali «a seconda che i soggetti con cui le persone titolari di aspettative entrano in rapporto siano privati oppure pubblici»⁵⁵. In un altro contributo ho cercato di far vedere come

52 Cfr. *ivi*, p. 105.

53 *Ivi*, p. 107.

54 Sui diversi aspetti relazionali implicati nelle dinamiche giuridiche si può leggere ora l'importante volume di A. Supiot, *Homo juridicus. Saggio sulla funzione antropologica del diritto*, Bruno Mondadori, Milano 2006.

55 L. Ferrajoli, *Principia juris. Teoria del diritto e della democrazia*. Vol. I. *Teoria del diritto*, Laterza, Roma-Bari 2007, p. 369. Per questa via, si perviene a considerare «rapporti orizzontali tra privati [...] quelli di cui è intessuta la sfera civile delle relazioni di *mercato*» e «rapporti verticali tra sfera pubblica e cittadini [...] quelli su cui si basa l'*obbligazione politica*», rinviando alla distinzione tra sfera pubblica (nella quale si pone la tutela dei diritti fondamentali) e sfera privata (nella quale si colloca la tutela dei soli diritti patrimoniali).

questo uso dei due termini faccia perdere alla teoria dei diritti molto più di quanto non le faccia guadagnare⁵⁶. A decidere la direzione della relazione – questa è la mia convinzione – non è la sua natura privata o pubblica bensì il fatto che il bene oggetto del diritto possa essere prodotto nel contesto della relazione medesima oppure mediante il ricorso alla tutela della giurisdizione.

L'insieme degli obblighi che costituisce la garanzia primaria è fonte di una relazione diretta tra i soggetti, vale a dire tra il titolare del diritto e il titolare degli obblighi corrispondenti. Qui gli individui instaurano una relazione che non è mediata da un terzo ma è invece diretta e immediata. Tutt'al più a mediare è la norma, ma questa non costituisce uno schermo per la relazione ma piuttosto l'occasione perché la relazione si instauri (si pensi al rapporto tra un medico e un paziente, oppure tra un insegnante e un alunno). La particolarità delle garanzie primarie è dunque la seguente: essa mette in rapporto due soggetti, tra i quali viene a instaurarsi una relazione basata su un atto necessario di attenzione di colui che deve adempiere ai propri doveri nei confronti del titolare del diritto⁵⁷. È il titolare degli obblighi (garanzie primarie) a poter/dover garantire l'efficacia del diritto.

Tutto muta con le garanzie secondarie. Quando c'è violazione degli obblighi primari, il soggetto titolare del diritto pretende di ottenere giustizia e la garanzia secondaria entra in gioco appositamente per rimediare all'inottemperanza di colui che gli era obbligato. È qui che il rapporto cambia natura e orientamento: l'orizzontale si verticalizza, facendo mutare direzione alla relazione tra i soggetti. Ora il rapporto è mediato da un terzo – il giudice – che tiene in vita la relazione per quel tanto che serve al soddisfacimento del diritto. Questo, del resto, è uno dei paradossi del diritto: nella sua volontà di tener ferme le relazioni, si trova spesso costretto a garantirle mediante il loro 'annientamento'.

Posta questa distinzione, l'autonomia delle garanzie orizzontali è insidiata da quanti credono – e Ferrajoli sembra essere tra questi – che la cifra dei diritti soggettivi stia esclusivamente nella loro giustiziabilità; una convinzione radicata su un presupposto antropologico di tipo hobbesiano che pone la sfiducia a proprio fondamento⁵⁸. Il risultato di tale convinzione è di mettere in questione l'autonomia

56 Rinvio perciò a T. Greco, *La doppia forza dei diritti. Una riflessione sulle garanzie*, in «Metodo. International Studies in Phenomenology and Philosophy», vol. 2, n. 1 (2014), pp. 135-150, in particolare p. 140 ss.

57 Ovviamente questa attenzione può essere modulata in maniere molto differenti. Può andare dalle «reciproche astensioni» (minimo) alla 'cura' (massimo). Ma in ogni caso, il compimento di un dovere implica un "andare verso l'altro", ci cui essere consapevoli per poter offrire un'aggiunta significativa alla teoria dei diritti.

58 «Ciò che accomuna tutte le garanzie – scrive Ferrajoli – è infatti la loro predisposizione in vista del pericolo che in loro assenza il diritto che ne è oggetto sarebbe violato e perciò ineffettivo: una sorta di sfiducia nella spontanea soddisfazione o nello spontaneo rispetto dei diritti e specificamente, per quanto riguarda i diritti fondamentali, nell'esercizio spontaneamente legittimo del potere. "Garantismo", in questo senso, si oppone a qualunque concezione così dei rapporti politici come di quelli economici, così di quelli di diritto pubblico come di quelli di diritto privato, fondata sull'idea onirica di un "potere buono" o comunque di una spontanea osservanza del diritto e dei diritti» (L. Ferrajoli, *Principia iuris*, vol. I, cit., p. 195-196).

delle ragioni per le quali un soggetto decide di adempiere ai propri doveri nei confronti di un altro soggetto. Adottando la prospettiva della sfiducia, l'adempimento viene letto esclusivamente come dovuto alla minaccia della sanzione.

Tuttavia, anche al di là delle ragioni empiriche che tenderebbero a confermarla⁵⁹, l'autonomia delle garanzie orizzontali non può non essere preservata. Il fatto che siano le garanzie secondarie a completare il diritto soggettivo non può essere una ragione sufficiente per negare consistenza alle garanzie primarie. La (presunta) maggiore certezza che sarebbe portata dalle garanzie secondarie non può schermare l'autonomia delle ragioni legate alle garanzie primarie poiché, spostare queste ragioni tutte sulle garanzie secondarie porterebbe a confondere nuovamente i due piani dell' "avere un obbligo" e del "sentirsi obbligati", la cui distinzione appare necessaria se si vuole evitare di confondere il diritto con la forza⁶⁰. Si tratta, perciò, di valorizzare le garanzie primarie a partire da un argomento *normativo* e non fattuale. E a pensarci bene: non si fa lo stesso con le garanzie secondarie? Quando si aggancia la nozione del diritto soggettivo alle garanzie secondarie non si richiama forse il fatto che si può contare sulla (o sperare nella) tutela giurisdizionale piuttosto che la concretezza e la realtà di questa tutela? Si tratta anche qui di mettere in campo una certa dose di 'fiducia' – in questo caso, nel fatto che venga dato seguito alle azioni tese a rendere effettivo il diritto per via giurisdizionale –, a meno che non si voglia adottare il ricorso alla sanzione anche per l'efficacia delle garanzie secondarie, innescando quel regresso all'infinito che sembra il destino inevitabile di qualsiasi teoria giuridica che abbia nella sanzione il suo criterio ultimo ed esclusivo.

Se tutte queste ragioni sono valide, possiamo affermare che le garanzie primarie (orizzontali), nel momento in cui resistono alla capacità attrattiva delle garanzie secondarie, svolgono anche la funzione di mantenere il linguaggio dei diritti dentro quello del legame sociale, evitando di relegarlo completamente nel campo dei rapporti immunizzati e verticalizzati.

59 Richiamo qui quanto scritto da Ehrlich nei suoi *Fondamenti di sociologia del diritto*, cit., p. 27: «Per chi concepisce il diritto soprattutto come una regola dell'agire, la coercizione per mezzo di una pena o di una esecuzione forzata diventa di secondaria importanza, in quanto la vita umana non si svolge davanti ai tribunali. Un semplice sguardo gli è sufficiente per accorgersi che tutti gli uomini sono inseriti in innumerevoli rapporti giuridici da cui derivano dei doveri che, con poche eccezioni, adempiono in modo assolutamente spontaneo: adempiono i propri doveri di padre o di figlio, di marito o di moglie, non disturbano il vicino nel godimento della sua proprietà, pagano i propri debiti, consegnano quello che hanno venduto ed eseguono le prestazioni dovute al proprio datore di lavoro».

60 Cfr. Hart, *Il concetto di diritto*, cit., p. 98 ss. «Non dobbiamo permettere loro di intrappolarci in una concezione fuorviante dell'obbligo, inteso come consistente essenzialmente in qualche sentimento di pressione o di costrizione provato dagli obbligati. Il fatto che le norme che impongono obblighi siano generalmente sostenute da una seria pressione sociale non comporta la conseguenza che avere un obbligo in base alle norme significhi provare dei sentimenti di costrizione o di pressione» (ivi, p. 105). Non bisogna dimenticare, comunque, le sempiternie parole rousseauiane: «che significato ha un diritto che vien meno quando viene meno la forza? Se bisogna obbedire per forza, non occorre obbedire per dovere, e se non si è più costretti ad obbedire non si è più obbligati» (*Il contratto sociale*, Libro I, cap. III; ed. a cura di V. Gerratana, Einaudi, Torino 1994, p. 13).

6. Conclusione

Il confine tra garanzie primarie e secondarie rappresenta dunque il discrimine tra orizzontalità e verticalità nel diritto. Si tratta di un confine labile, ma concreto, che custodisce la possibilità di mantenere il diritto nel contesto del legame sociale. Rappresenta il limite tra fiducia e sfiducia⁶¹, tra il credere e il non credere nella possibilità che si produca – dentro il diritto – un gesto concreto di attenzione per l'altro. Lungo quella linea – che è *interna al diritto* – si dà sempre la possibilità che la cooperazione lasci il campo al conflitto e all'intervento coercitivo; nondimeno, e fino a quel momento, è con la cooperazione che abbiamo a che fare.

Occorre allora vedere nel diritto non lo spazio di una relazione completamente snaturata, bensì lo spazio nel quale la relazione può essere allo stesso tempo custodita e trasfigurata; lo spazio nel quale la relazione entra con la sua carica positiva e orizzontale, ma sempre sull'orlo della sua trasformazione in qualcosa di diverso, sempre in predicato di far emergere le potenzialità negative dentro le quali si rifugia per preservarsi.

Se si afferma che «il diritto interviene quando la delusione della fiducia è ormai diventata insopportabile»⁶², si confonde il diritto con le sue garanzie secondarie e si stabilisce che esso coincide esclusivamente con l'intervento dei suoi apparati sanzionatori e repressivi. Se si è convinti che richiamare normativamente la fiducia «significa ribadirne l'assenza»⁶³, allora vuol dire che non si ripone alcuna fiducia nei soggetti ai quali la norma si rivolge e ci si riferisce esclusivamente alla sua anima 'concupiscibile' mediante la minaccia della sanzione. Era questo, del resto, il suggerimento dato da Machiavelli ai legislatori delle repubbliche, invitati a «pre-supporre tutti gli uomini rei»⁶⁴.

Crederne nell'orizzontalità del diritto vuol dire allora credere nella responsabilità dei soggetti chiamati ad adempiere ai loro doveri e ad esercitare i loro diritti. In alternativa non rimane che concentrare tutta la giuridicità nella sanzione, nella con-

61 Eligio Resta vede l'orizzontale assorbito dal verticale quando afferma che la fiducia, «tradotta nel linguaggio giuridico, che è quello della calcolabilità e della prevedibilità dei rischi [...], smette di essere "fiducia". La buona fede che avrebbe dovuto rappresentarla scivola su terreni più sicuri dove contano garanzie, sostegni per i legittimi *affidamenti* e sanzioni simmetriche per la mala fede di contraenti, appunto, *malfidati*» (E. Resta, *Le regole della fiducia*, Laterza, Roma-Bari 2009, p. 8). Cfr. anche p. 22: «quando il diritto si appropria della *fides* (*bona et mala*), quando realizza nel suo linguaggio l'incorporazione (*Verkörperung*) della fiducia, ribadisce e trasforma nello stesso tempo il senso originario»; p. 63: «quando la fiducia si indebolisce il diritto offre un rimedio, ma il rimedio stesso che si affaccia propone il diritto e tradisce il senso della fiducia». In altre parole, «la fiducia incorporata nel diritto e "giuridificata" diventerà dispositivo, criterio di orientamento interpretativo, principio generale del rapporto obbligatorio, ma smetterà di essere fiducia» (p. 66-7). E ancora: «Non è la fiducia a determinare la trasformazione del diritto – scrive ancora Resta –, ma è il diritto a trasformare la fiducia» (p. 22).

62 Ivi, cit., p. 56.

63 Ivi, cit., p. 70.

64 ...«e che li abbiano sempre a usare la malignità dello animo loro. Gli uomini non operarono mai nulla bene se non per necessità» (N. Machiavelli, *Discorsi sopra la prima Deca di Tito Livio*, I, 3).

vinzione che le regole siano chiamate a imbrigliare l'umano anziché a liberare le sue capacità e le sue facoltà. Ma negando l'orizzontalità del diritto e la relazionalità nel diritto si finisce per ricacciare ancora una volta Medardo il Buono nell'oblio e per costruire una immagine del mondo nel quale si lascia di nuovo il campo libero alle tristi scorribande del Gramo.