

Mario Ricca

Con-sue-tudine/Cognitudine.

*L'“appropriatezza” (Suum) come criterio di pertinenza
assiologico/semantica delle norme giuridiche*

Consideration of the meaning of regulation
by an underlying and pervasive quality
is the theme of this article.
(John Dewey, *Qualitative Thought*, 1931)

1. Prologo

Per iniziare, anzi prima di iniziare, vorrei tratteggiare per il lettore, in un linguaggio il più possibile sintetico, il mio *sguardo* sulla consuetudine, vale a dire come mi sembra di poterla cogliere nel suo complesso, quale fenomeno sociale. Opererò questa digressione preliminare prima di scomporre analiticamente la consuetudine in termini definiti – compito che mentre scrivo ho necessariamente già provato ad assolvere – in modo da restituire a chi legge il percorso che mi ha condotto a delineare la chiave interpretativa qui proposta.¹

La consuetudine – per descriverla in modo elementare – appare a me come qualcosa, meglio come un fenomeno, che avviene e non cessa di avvenire. In questo senso, anche a me stesso può accadere e accade di esservi partecipe, cioè di esserne agente coinvolto. Non si tratta di qualcosa che stia al di fuori del soggetto e del suo agire. Essa può avere differenti caratteristiche e proiezioni di significato, così come molteplici ambiti di esplicazione. Tra questi, vi è quello della sua pertinenza al campo giuridico, al suo universo di discorso. La consuetudine è giuridica nel senso che produce diritto. Produrre diritto, tuttavia, è un fenomeno, un evento anch'esso. Del resto, anche del diritto e della giuridicità in generale può dirsi che sono fenomeni che avvengono, situazioni che prendono forma e si dispiegano attraverso l'esperienza. L'essere caratterizzato – meglio, denotato – dalla giuridicità è qualcosa che avviene coinvolgendo il soggetto, le sue disposizioni pro-attive. Ciò non ne fa, quantomeno nella mia prospettiva, un 'fatto sociale' o un 'fatto norma-

1 In questo saggio, anche per ragioni di spazio, ridurrò i riferimenti bibliografici all'essenziale in linea con l'intento di proporre un percorso argomentativo ispirato alla dinamica della riflessività piuttosto che orientato a obiettivi analitico-ricostruttivi su un tema così ampiamente trattato come la consuetudine.

tivo', nel senso in cui ordinariamente si intende questa espressione. Intendo dire che gli elementi 'consuetudine' e 'giuridica' non sono distinguibili o indipendenti dalla soggettività ma costituiscono, invece, un'unità dinamica.² Quando considerati come 'fatti oggettivi' distinti dall'azione dei soggetti, entrambi non sono altro che astrazioni da una situazione complessa articolata, appunto, in relazioni dinamiche e reciprocamente modellanti sia i soggetti, sia il loro ambiente sociale. La giuridicità (sia della consuetudine sia, a mio modo di vedere, delle fonti attizie), se intesa come fenomeno, non sta di fronte al soggetto, cioè all'esterno di esso; né, simmetricamente, esaurisce il proprio significato nel qualificare dal di fuori, come qualcosa di già formato e indipendente nella sua funzione predicativa, l'agire di quel medesimo soggetto. Questa visione predicativa, nella misura in cui presuppone cioè la distinzione tra la norma e il soggetto o il suo agire, appare basata sulla tradizionale distinzione tra dover-essere ed essere (ancorché racchiusa nei circuiti della soggettività). Proprio per questa ragione, essa oscura il momento inter-attivo ed enattivamente (cioè, processivamente) connesso all'esperienza della giuridicità. Al contrario, essa coglie e si focalizza sul risultato, la giuridicità, assumendolo come un dato. In questo modo, tuttavia, finisce per avvolgersi, a mio giudizio, in una sorta di inversione paralogica.³ Ciò accade perché la visione predicativa lascia in ombra la circostanza che il dover-essere riepiloga qualcosa che comunque *avviene*; che è anch'esso epitome di un processo che riguarda il porsi pro-attivo e programmante ma emerge da una dinamica di adattamento in atto del soggetto umano posto di fronte al mondo dell'esperienza e, quindi, anche ai suoi simili e a se stesso. Un mondo di 'fatti' che, nello stesso momento in cui è percepito, riepiloga in sé un'interazione teleologico/intenzionale, il cui significato coincide con la selezione e il trascoglimento assiologicamente e teleologicamente orientato di alcune relazioni rispetto ad altre pur presenti nel paesaggio complessivo di ciò che avviene al di fuori del soggetto e, simultaneamente, *mediante* il soggetto. In breve, la distinzione tra essere e dover-essere, tra intenzione e comportamento, tra fine ed elementi di fatto, tra soggetto e oggetto, trascura del tutto la loro costitutiva e processiva relazionalità. Una relazionalità che nella consuetudine e nel suo continuo farsi e disfarsi tollera solo parziali e contingenti cesure, astrazioni ontologizzanti, reificazioni degli elementi dell'intero processo che ne accompagna la dinamica coinvolgendo co-costitutivamente soggetto e oggetto, mente e mondo, intenzione e azione, fatto e norma.

Allo stesso modo, e con riferimento precipuo alla consuetudine giuridica, distinguere i due elementi del 'comportamento colto nella sua materialità' e *dell'opinio iuris seu necessitatis* all'interno della struttura consuetudinaria non deve far perdere di vista la circostanza che la consuetudine stessa *avviene* non come fatto esterno ma come azione, a sua volta frutto dell'interazione caratterizzata intenzionalmente e teleologicamente tra il soggetto e il suo ambiente sociale ed extra-sociale. Un'interazione costituita, anche in questo caso, da una rete di relazioni, molte

2 Riguardo la dinamica soggetto/oggetto rinvio alla prospettiva enattivista. In proposito, cfr. Di Paolo 2021: 783 ss.; Di Paolo and De Jaegher 2022: 241 ss.; J. Dewey 1949.

3 Dewey 1931: 93 ss.

delle quali implicite ma non per questo meno ‘attive’ nel determinare il significato del comportamento consuetudinario. Interazioni, esplicite e implicite, che tutte insieme generano la situazione definita ‘consuetudine’.

Quanto appena espresso proverò a proporlo, tentando di farne dispiegare le implicazioni di significato, da una molteplicità di prospettive presentate in sequenza. Ad ogni occasione, tenterò di riproporre questo preliminare nucleo interpretativo come una sorta di possibile ‘ulteriore inizio di un percorso’. Tutto ciò nella speranza di riuscire a esplicitare il significato del mio sguardo sulla consuetudine attraverso il confronto critico con approcci diversi o differenti determinazioni elaborate dall’esperienza giuridica e dai suoi studiosi rispetto al fenomeno e/o categoria in esame.

2. Primo inizio/percorso. Il soggetto dentro il fatto

La dottrina giuridica conferisce alla consuetudine un carattere di oggettività. Questo carattere è considerato coestensivo con la giuridicità di essa, cioè con la sua capacità di generare obblighi che si impongono agli individui come eteronomi e, quindi, indipendenti dalla loro volontà (contingente). Di conseguenza, perché questa obbligatorietà si *accenda*, è sufficiente che la consuetudine, o quel che è rappresentato attraverso questo termine, sia caratterizzata dalla ripetitività (*diuturnitas*), da una *relativa* generalità concernente sia la condotta materiale sia l’opinione della sua obbligatorietà e/o necessità.⁴ Secondo lo schema tradizionale, quando questi requisiti ricorrono, la consuetudine si impone ai soggetti che si trovino nelle *situazioni* incluse nello schema di comportamento da essa configurato. La giuridicità e il darsi oggettivo della consuetudine come qualcosa di già costituito in modo (relativamente) definitivo sono considerati come due facce della stessa medaglia. Il soggetto giuridico, in quanto *giuridico*, è appunto *as-soggettato* alla consuetudine. Di nuovo, quindi, la giuridicità della consuetudine è intesa come una sorta di scissione tra il soggetto agente, che concorre a formarla, e il soggetto passivo, destinatario degli obblighi che essa prescrive. Senza questa scissione sembrerebbe non potervi essere giuridicità. Senza una cesura temporale – declinata anche in senso logico-cronologico – tra la genesi della consuetudine e la compiutezza della sua *forma normativa*, assunta come pre-requisito della sua vincolatività, il sostantivo ‘consuetudine’ non sembrerebbe potersi accoppiare all’aggettivo ‘giuridica’. Questo almeno secondo la maggior parte delle interpretazioni e ricostruzioni correnti.

Eppure, il giudizio sulla consuetudine è sempre riflessivo. Accertare una consuetudine è un’operazione che coinvolge sempre un giudizio sul soggetto sociale che la pone in essere. Chiunque sia colui che accerta, nell’atto stesso di accertare esprimerà un giudizio su di sé in quanto parte della stessa comunità che ha generato la consuetudine. La riflessività di questa operazione fa sì che il soggetto faccia parte del fatto da accertare. E poiché il fatto da accertare include sia un comportamento sia il giudizio su questo comportamento – circostanza inevitabile ogniqua-

4 Per queste determinazioni preliminari e definitorie rinvio al classico di Bobbio 2010: 53 ss.

volta si considerino condotte umane – il soggetto accertante è oggetto dell'attività di accertamento e si modificherà inevitabilmente attraverso essa. Il 'darsi oggettivo' della consuetudine, e cioè come qualcosa di già esistente e perciò frutto del passato, sarà inevitabilmente una conseguenza del presente, e quindi del futuro di quel passato assunto come generatore di giuridicità. In altre parole, il giudizio di accertamento, in quanto indissociabile dalla determinazione del significato e quindi dall'interpretazione della consuetudine come segno, avrà inevitabilmente un coefficiente di costitutività. In tutto questo vi è una circolarità che priva di senso l'asserzione secondo la quale la fonte della giuridicità della consuetudine non sarebbe altro se non la decisione dei giudici: la decisione con la quale essi accertano – ma in realtà stabilirebbero – che la consuetudine esiste. A *sventare* questa circolarità non è sufficiente asserire che il giudice svolge una funzione differente dal cittadino che *crede*, o non *crede*, nella consuetudine di cui di volta in volta si discute. Stabilire se un comportamento si reiteri richiede prima di tutto che si determini di quale comportamento si sta discutendo. L'apparenza morfologica dell'azione di alcuni soggetti – come preciserò ulteriormente tra breve – non è sufficiente a stabilire né l'effettiva reiterazione, né se la reiterazione è posta in essere perché ritenuta obbligatoria. Affinché possa determinarsi se un comportamento è appartenente alla stessa categoria di azioni costitutiva della consuetudine non basta accertare la ricorrenza di qualche caratteristica esteriore. L'analogia tra i comportamenti non è un dato ma il risultato di un giudizio. Ciò pone un quesito. Qual è il criterio per l'articolazione del giudizio di similarità?

Molte azioni esteriormente simili, meglio ancora molti frammenti di azione, hanno significati totalmente differenti perché sono connessi a contesti, cioè a reti o paesaggi semiotici, diversi. Il significato di quel che è morfologicamente e sensitivamente percepibile, persino limitando il giudizio alle c.d. proprietà primarie, dipende dalla cornice implicita di esso e nella quale esso è collocato dal giudizio umano. Quest'elemento di normatività, che si proietta sulla dimensione empirico-fenomenica e quindi su quella comportamentale, precede il 'sentimento' di obbligatorietà o necessità connesso al suo significato. Ciò nondimeno esso interagisce con l'obbligatorietà, e quindi con l'accertamento della ricorrenza del requisito c.d. soggettivo della consuetudine, ancorché assunto come 'fatto sociale', cioè una credenza socialmente diffusa. Cosa significa ciò che si crede sia obbligatorio, in questo caso il suo sostrato comportamentale colto nella sua dimensione morfologica, e il credere che sia obbligatorio sono due momenti dell'esperienza difficilmente dissociabili. Eppure, è esattamente quel che fa la dottrina giuridica di matrice positivista quando si impegna nella determinazione della *giuridicità* della consuetudine, che è poi l'accertamento della sua esistenza – circostanza che, tra l'altro, fa apparire il giudizio di accertamento sviluppato in una sorta di circuito tautologico. Conseguenza, questa, per alcuni versi inevitabile, dal momento che la distinzione tra i termini 'consuetudine' e 'giuridica' è falsa nella misura in cui presuppone qualcosa, la 'consuetudine giuridica' che è frutto della fusione, della interpenetrazione esistenziale ed esperienziale di questi due elementi. In fondo, è esattamente questo il motivo del ricorrente interesse per la consuetudine benché il diritto positivo di fonte attizia e la sua pervasiva diffusione abbiano sostanzialmente privato di rilevanza pratica – o almeno, visibile ed esplici-

ta – il fenomeno consuetudinario. Viceversa, ritengo che interrogarsi su cosa sia la consuetudine equivalga a formulare la primitiva domanda su cosa sia la giuridicità. Simmetricamente, scandagliare il significato e la fenomenica della ‘giuridicità’ nella sua consistenza di ‘fenomeno sociale o comunque connesso alla dinamica del sociale’ si risolve, per una via o per l’altra, nell’innescare un’indagine sulla consuetudine, cioè sul diventare ‘giuridico’ di *qualcosa* – qualunque cosa esso sia.

È vero, esistono – perché il linguaggio ne articola la categorizzazione – molteplici tipi di consuetudine. Tuttavia, la proposizione ‘quella consuetudine è giuridica’ include un’unità esperienziale che funge da presupposto rispetto all’accertamento del ricorrere sia dell’esistenza di ciascuno dei due termini che la compongono, sia della plausibilità del loro interpenetrarsi all’interno di un determinato fenomeno, di una determinata cornice dell’esperienza. Momento soggettivo e momento oggettivo di quell’esperienza sono già fusi nel criterio, nello sguardo, nella prospettiva in base alla quale si accerterà se vi è consuetudine, se vi è iterazione di un determinato comportamento, se vi è continuità nel manifestarsi sociale della credenza che esso sia obbligatorio o necessario. Questa interpenetrazione preventiva esiste, peraltro, anche nella domanda circa la giuridicità del fenomeno consuetudinario in sé: vale a dire, nel porsi la domanda ‘la consuetudine è giuridica?’

Qual è il criterio in base al quale la mente dell’osservatore o di chi è chiamato a rispondere alla domanda circa la ‘giuridicità della consuetudine’, dovrebbe accoppiare elementi/termini che vivono di vita propria? Detto in altri termini: se all’interno di un contesto culturale qualcuno giunge a domandarsi ‘la consuetudine è giuridica?’, nel semplice porsi la domanda non ha egli già unificato due termini tra loro indipendenti? Così, anche quando si giungesse a escludere che la consuetudine sia ‘giuridica’, cioè abbia a che fare con il diritto, questa esclusione si articolerebbe comunque sullo sfondo di un’interpenetrazione o interazione tra i due elementi chiamati in causa che avrà operato già come pre-condizione per l’articolazione dell’accertamento. Senza la postulazione della relazione di coimplicazione tra consuetudine e giuridicità, concepita più o meno consapevolmente come unità, non sarebbe possibile né porsi la domanda, né determinarne la risposta, anche quando questa risultasse in ultima istanza negativa. Senonché la postulazione di quella interpenetrazione è un elemento dell’esperienza culturale nella quale gli attori sociali sono già coinvolti. E questo coinvolgimento accompagnerà sempre e comunque la determinazione della risposta circa la giuridicità della consuetudine sia sotto il profilo generale; sia sotto il profilo particolare, concernente, cioè, la giuridicità di una singola, specifica consuetudine.

Comprendo che il discorso svolto sin qui possa apparire un po’ misterioso e oscuro. Per esplicitarlo, proverò a servirmi di un argomento iperbolico. A tal fine, chiedo al lettore di considerare il seguente quesito: ‘l’asino è piovoso?’ Immagino che la reazione immediata di chiunque abbia letto la domanda possa essere espressa dall’espressione italiana – cognitivamente formidabile e colma di implicazioni epistemologiche – ‘che c’entra?’. Esattamente, che c’entra l’asino con l’aggettivo ‘piovoso’? La questione è che ogni copula ‘x è a’ dotata di potere predicativo e declinata in chiave rappresentazionale o descrittiva, cioè come corrispondente a uno *stato possibile dei fatti*, presuppone che i termini della proposizione siano già

stati connessi, in quanto segni, dalla mente umana e dal suo interfacciarsi con l'esperienza – sia questa attuale o potenziale. A quel punto, l'interpenetrazione tra x e a già è avvenuta, la loro unificazione è già un fenomeno, soggettivo e oggettivo insieme, mentale ed esperienziale allo stesso tempo. Anche se intesi come *segni*, e proprio perché *segni*, x e a sono oggetti del mondo reale, e reale è la loro connessione posta alla base della copula e della eventuale, ulteriore valutazione circa la sua attendibilità. A partire da questa interpenetrazione, questa pre-esistente unità, si potrà anche diversificare il giudizio, si potranno distinguere i termini, focalizzare l'attenzione su alcuni di essi, selezionare quello più saliente nel rappresentare l'intera cornice semiotica o situazione soggiacente all'oggetto dell'indagine conoscitiva. La pre-connessione tra gli elementi della copula, che è stabilita mediante un giudizio creativo, qualitativo, implicitamente/inconsapevolmente sintetico, quindi anche estetico, è indispensabile a qualsiasi attività razionale e a qualsiasi articolazione di essa in termini proposizionali. Senza quella pre-connessione ogni copula produrrebbe la reazione quasi istintiva conseguente alla mia domanda di poco sopra: 'l'asino è piovoso?'. Una reazione che, a ben vedere, consiste nell'esito di una reazione del contenuto della proposizione sulla stessa forma o struttura morfologica della proposizione, che appare come una proposizione priva di predicatività, cioè una pseudo-proposizione. Circostanza, questa, che mette in evidenza il carattere 'normativo' o 'estetico-qualitativo' delle proposizioni descrittive o rappresentative. Su questo profilo tornerò, comunque, più avanti.

Per riassumere. Domandarsi se la consuetudine (come categoria) sia giuridica, o anche se una specifica consuetudine sia giuridica, presuppone un'interpenetrazione tra i due termini già operata a livello culturale/esperienziale. Di questa interpenetrazione è parte chiunque, anche il giudice, il quale è attore dello stesso contesto culturale composto dai soggetti agenti che hanno, o avrebbero, generato la consuetudine che il giudice è chiamato 'plausibilmente' ad accertare e applicare o non applicare nella formulazione della sua decisione. Questa prima sezione della mia indagine sembrerebbe condurre a concludere che la distinzione tra elementi oggettivi e elementi soggettivi, tra comportamento e credenza, all'interno consuetudine sia soltanto succedanea alla loro pre-esistente coimplicazione. Ciò pone, però, una questione cruciale. Come accennavo più sopra, secondo l'approccio dottrinale più diffuso – che è anche di matrice positivistica – la consuetudine, per essere giuridica, deve essere accertabile oggettivamente, quindi darsi come sottratta alla relazione generativa tra soggetto e oggetto, tra agente ed esperienza. Interlocutoriamente si ammetta pure che sia così. A partire da questo assunto – se ritenuto plausibile – prendono forma due quesiti. Qual è, secondo quanto osservato fin qui, il ruolo, la *voce* del momento soggettivo, pro-attivo, che opera nel formulare la domanda stessa 'la consuetudine è giuridica?' o 'questa consuetudine è giuridica?' in ogni contesto di esperienza o in ogni circuito culturale? Quale il suo peso, la sua rilevanza, nel determinare l'unità esperienziale – quindi insieme mentale ed empirica – sulla quale non può evitare di basarsi qualsiasi proposizione predicativa diretta a determinare se la consuetudine oggettivamente esista e, quindi, se essa si ponga in modo eteronomo rispetto sia alla volontà, sia alla facoltà di giudizio di un singolo individuo?

3. Secondo inizio/percorso. Abito e significato.

Qual è il contenuto della consuetudine? La domanda potrebbe apparire banale ma sgorga dalla necessità di chiarire se l'atteggiamento definitorio ponga limiti alla comprensione del fenomeno. Nel descrivere la consuetudine è atteggiamento comune dire che essa consiste nella reiterazione di un comportamento e nell'opinione che tale reiterazione sia considerata obbligatoria o necessaria dalla generalità dei soggetti di diritto o, più descrittivamente, dagli appartenenti a un gruppo sociale. A dispetto dell'apparente evidenza e chiarezza delle proposizioni definitorie appena presentate, esse pongono tuttavia alcuni quesiti non eludibili. 'Reiterazione' di che cosa e 'opinione' riguardo che cosa? Un comportamento – parrebbe la risposta immediata. Che cos'è, però, un comportamento? La risposta potrebbe sembrare, di nuovo, ovvia se non addirittura banale. Eppure, questa evidenza sembra coincidere con una visione empirico-referenzialista del significato che si rivela immediatamente problematica non appena si provi ad applicarla al comportamento umano e alle connesse modalità di categorizzazione. L'agire umano, pratico, sembrerebbe coincidere con la dimensione 'fattuale' della consuetudine: per intendersi, quella oggettiva, riconoscibile da tutti. Se, però, si prova a identificare il 'fatto' con il comportamento materiale, cioè con alcune sue caratteristiche morfologiche, apparirà subito chiaro che esso non è sufficiente a fornire il *sostrato fattuale* della consuetudine. In fondo, questo è il motivo per cui anche nel passato⁵ fu sollevato il quesito se la consuetudine coincidesse con il comportamento oppure con una norma presupposta o da presupporre che prevedesse l'adozione di quel determinato comportamento in determinate circostanze. Tuttavia, la domanda così posta reca probabilmente un errore nella sua stessa formulazione. Questo perché essa radica il suo significato nell'assunzione implicita della scansione tra dimensione soggettiva e dimensione oggettiva, tra dimensione empirica e dimensione 'pistemica' – cioè, l'*opinione* – della consuetudine: una scansione – come osservato al paragrafo precedente – difficile da sostenere.

Ciò nondimeno, l'ipotesi che comportamento e norma siano dissociati, ancorché costituisca una risposta non coerente ai quesiti sopra formulati, solleva un problema tutt'altro che irrilevante. Il medesimo comportamento, considerato morfologicamente, potrebbe avere significati del tutto differenti. A seconda delle relazioni che, come una rete di potenziali implicazioni, accompagnano, precedono e seguono la sua adozione, la categorizzazione del medesimo nucleo empirico-comportamentale potrebbe mutare profondamente. Quelle relazioni sono un reticolo semiotico che esiste nei fatti in quanto combinato e posto in connessione con l'esperienza dalla mente umana. Il porre insieme, in reciproca interdipendenza, segni/elementi differenti è orientato da elementi assiologici e teleologici. Esso costituisce la risposta plastica, articolata e differenziante dei soggetti umani rispetto alle condizioni ambientali, che include anche altri soggetti e le loro attitudini comunicative. L'adozione di un comportamento

5 Cfr. G. F. Puchta, *Das Gewohnheitsrecht*, I, Erlangen, Palm, 1828, 189.

consapevole, sia da parte del singolo, sia da parte di una comunità che ne definisca inter-soggettivamente il significato, riassume in sé, tuttavia, una serie innumerevoli di sub-comportamenti, cioè di risposte adattive fornite da ciascun individuo in maniera spesso implicita, automatica, ma non per questo meno 'assiologicamente orientata'. Intendo dire, con questo, che anche le risposte non consapevoli agli stimoli ambientali sono comunque risposte discrete, innescate dalla necessità di ogni individuo/organismo di differenziarsi rispetto all'ambiente al fine di mantenere un equilibrio interno. Si tratta, in altre parole, di atti orientati da valori o fini, potrebbe dirsi dotati di una intrinseca normatività benché questa non sia gestita al livello della consapevolezza simbolica. L'equilibrio appena richiamato, a sua volta, è il frutto di precedenti atti di differenziazione e adattamento generati da ulteriori dinamiche relazionali e diretti a generare nuovi assetti adattivi tra l'organismo e l'ambiente o il contesto. La reazione, il comportamento o sub-comportamento, considerato nelle sue caratteristiche morfologiche e categorizzato di conseguenza, rappresenta perciò *solo un pezzo*, si potrebbe dire un sostegno, una sorta di boa, che emerge da e presuppone una rete relazionale complessiva. Senza quella relazione, senza l'*implicito* adombrato dalla focalizzazione e dall'evidenziazione di alcune sue caratteristiche morfologiche, il comportamento non significherebbe ciò che mediamente si ritiene signifi-chi. Senonché quando il soggetto consapevolmente assume una determinata condotta, le relazioni presupposte nel significato di essa sono già incorporate nell'unità fenomenica costituita dall'individuo agente, prefigurate da ogni sua reazione e a esse pertinenti come elementi costitutivi. Al tempo stesso, anche se considerato nella sua mera materialità, il comportamento è parte di quelle relazioni, del co-esistere a esse inerente, ed è quindi intrecciato con tutto ciò che può sembrare *altro* da esso in quanto non coincidente con la sua sola struttura morfologica. Tuttavia, anche quella determinata struttura morfologica è il frutto di un trascoglimento normativo – nel senso prima indicato – tra tutti gli elementi o frammenti relazionali che compongono l'ambiente del soggetto e il rapporto dinamico tra l'uno e l'altro. Il significato del comportamento, quindi, non giace 'dentro il soggetto' ma abita tutte le relazioni che esso preannuncia, riassume e rende effettive: relazioni che sono appunto eventi, oggetti del mondo. Eventi e oggetti che includono e co-determinano il comportamento individuale e le sue implicazioni anche all'interno del soggetto agente, del suo immaginario, della rete semiotica, proiettata nello spazio e nel tempo, che disegna il contesto di significazione del suo agire. Ultima considerazione, poiché le relazioni presupposte e co-determinanti il significato del comportamento in questione riassumono l'insieme delle dinamiche di interpenetrazione tra soggetto e ambiente, esse consistono in una sequenza trasformativa potenzialmente aperta a ulteriori mutamenti adattivi. Per questa ragione, la stabilità del significato del comportamento non è dissociabile dalla dinamica delle relazioni estese in cui esso si colloca dinamicamente. Essa è quindi contingente e si pone come una sorta di pausa nella condizione di precarietà esistenziale che accompagna di continuo la l'esistenza di ogni organismo così come dell'ambiente che lo ospita.

Le osservazioni appena svolte possono essere riassunte, secondo alcuni approcci psico-cognitivi contemporanei⁶, nelle c.d. 4E: vale a dire ‘embodied’ (incorporato), ‘embedded’ (correlato, intrecciato con, situato), ‘extended’ (esteso) ed ‘enacted’ (assunto in concomitanza di un processo di interpenetrazione dinamica) costitutive di ogni *abito* di comportamento e del relativo significato. L'*abito*, per l'appunto, non può essere descritto soltanto sulla base della focalizzazione e dell'essenzializzazione di alcune componenti morfologiche esteriori, corrispondenti alla presenza in esso di alcune qualità primarie esteriormente e oggettivamente riconoscibili. L'*abito* non consiste in un aggregato di quelle qualità, a loro volta assunte simbolicamente come un'astrazione ontologizzante auto-significante, cioè il cui significato coincida con quelle stesse caratteristiche e la mera accertabilità referenziale, nel senso che il loro essere verificabili esaurisca il significato dell'astrazione che definisce l'*abito* stesso. Viceversa, esso include in sé l'intera rete di relazioni semiotiche ed esperienziali non visibili⁷. Ne deriva che le caratteristiche morfologiche visibili sono soltanto un *segnavia*, una sorta di boa, che appunto significa perché in connessione con le relazioni, le reti e i tracciati che orbitano attorno a essa e che essa presuppone e riassume.

Il comportamento, inteso come unità significante, è dunque una sorta di rete semiotica normativamente distribuita sulla dinamica delle relazioni psico-socio-ambientali e diretta a stabilire connessioni generatrici di contesti assiologicamente/teleologicamente modellati⁸. Gli aspetti esteriori, morfologici, del comportamento, come tali frutto

6 Rinvio in proposito al volume collettaneo Testa and Caruana 2020. Per ulteriori riferimenti bibliografici, cfr. Ricca 2022.

7 Questo è un profilo di cruciale importanza. L'*abito* non consiste nel comportamento morfologicamente considerato, ancorché lo includa. E ciò perché il medesimo gesto al di fuori di una rete semiotico-relazionale e all'interno di un'altra assume significati del tutto differenti. L'aspetto centrale della relazionalità dell'*abito* consiste nella circostanza che il gesto esteriore non è spiegabile né definibile come parte di un comportamento dotato di significato indipendentemente dal contesto semiotico che lo ospita. Questo contesto semiotico non è l'intenzione (come vorrebbero le teorie causali del comportamento: ad es. Davidson 1980: 3 ss.) e nemmeno una disposizione psicologica del soggetto agganciata referenzialmente a un comportamento che ne è tuttavia parte integrante, cioè concorre a costituirlo (cfr., ad esempio, Pollard 2006: 57 ss.; Pollard 2006b: 229 ss., e i suoi stessi oppositori, come ad es. Douskos:2017: 504-524). L'*abito* non sta né dentro, né fuori il soggetto, ma abita e modella la relazione, la sua situazionalità. Esso coincide con un *in-between*, con una terzietà che comprende e qualifica gli elementi morfologico/materiali del comportamento. L'*abito* non è abitudine, agire automatico/irriflesso, né è opposto alla dimensione simbolico/intenzionale, né la assorbe in modo totalmente comprendente. Piuttosto ospita le attività coscienti e riflessive, stabilendo con esse una relazione dinamica – che a sua volta può estrinsecarsi in un processo denominabile come l'*abito* a mutare abito. Nella letteratura connessa alla filosofia analitica, quel che colpisce è la straordinaria superficialità con la quale è trattato il contributo di autori come Peirce, James e Dewey hanno offerto alla categoria di 'abito.' I loro nomi spesso non sono neanche citati; e quando pure ciò avviene, la totale assenza di qualsiasi approfondimento in ordine alla cornice e alle implicazioni cognitive dei loro approcci lascia a dir poco perplessi.

8 È interessante, a questo riguardo, richiamare le reinterpretazioni dell'idea di *abito* prospettate dalle scienze cognitive, dalle neuroscienze e dalla filosofia ispirata all'approccio 4E contemporanee. Per uno sguardo d'insieme, cfr., di recente, Testa, Caruana cit. Come osservano Testa and Caruana 2020: 21-22: “Habits are not mental, according to Dewey’s adverbial Theory

dell'esercizio di uno sguardo selezionante e astrante, sono solo una porzione, in quanto tale semanticamente non esaustiva e non sufficientemente potente per garantire la stabilità del paesaggio relazionale sul quale *galleggia* e dal quale emerge la significazione del comportamento assunto o da adottare (nel caso della consuetudine).

Ciò che mi sembra importante precisare, a questo riguardo, è che l'elemento assiologico/teleologico è da assumere come già intrinseco al *fatto*, al comportamento materiale, e alla sua categorizzazione. Non si tratta, cioè, di un elemento esogeno, esteriore e ulteriore rispetto all'agire di un individuo, quindi a un'azione comunque categorizzabile in base ai suoi elementi morfologici, indipendentemente da qualsiasi fine. Fini esteriori o ulteriori e fini intrinseci ovviamente potranno interagire nella determinazione del 'fatto' e della sua 'categorizzazione', cioè influenzarsi a vicenda nel rimodellare la stessa categorizzazione di quel che gli agenti umani sotto giudizio hanno concretamente compiuto, e, addirittura, i modelli categoriali da utilizzare in quest'opera di categorizzazione. In termini giuridici, ciò significa che l'elemento teleologico potrà incidere sia nella determinazione del termine medio del sillogisma giudiziario, e quindi, nella qualificazione/categorizzazione del 'fatto' da includere nel giudizio di qualificazione normativa; sia nella rielaborazione dell'enciclopedia di schemi categoriali da applicare nella determinazione di che cosa è 'fatto'.⁹ In ogni

(see Dewey J. *Qualitative Thoughts* cit.), and they do not denote specific entities, but rather qualities of experience, properties of behavior or conduct. Meanings are normative phenomena, only occurring in habituated social and linguistic practices, and can be about states without needing a specific mental property of targeting to be explained. In this sense, habits are not specific objects. Rather, they are better seen as situational structures that allow us to inhabit the world and are components of the 'material aspect of culture' and its techniques." Quanto esposto nel passo citato e relativo alla teoria deweyana dell'*abito* è molto interessante ai fini della presente indagine. La concezione deweyana di abito corrisponde alla idea di consuetudine che provo a presentare qui: uno schema interazionale, che include anche l'ambiente materiale e definisce una struttura situazionale dove soggetto, mondo e comportamento sono unificati dal fine in modo da interpenetrarsi e interagire in modo cogenerativo. Il fine è incorporato nello schema di comportamento. E anche quando lo schema di comportamento diviene ritualizzato, apparentemente meccanico, esso comunque presuppone la relazione dinamica che costituisce la situazione all'interno della quale il comportamento assume significato e consiste in *qualcosa che gli individui fanno*. Un qualcosa che, a sua volta, è solo il riassunto, la *boa* visibile della relazione tra agente, mondo e condotta. Ecco perché non ha alcun senso distinguere il comportamento dall'intenzione; o la valutazione di giuridicità dall'agire consuetudinario. Focalizzare l'attenzione sul comportamento come oggetto, come dato oggettivo dell'esistenza della consuetudine, equivale a produrre un paralogismo del conseguente. Il comportamento reiterato non è il dato che costituisce la consuetudine ma l'elemento visibile in cui è riassunto tutto il processo relazionale o schema situazionale-relazionale che coinvolge dinamicamente ed è generato da soggetto e mondo sociale/naturale. Più semplicemente, non è il comportamento considerato nella sua apparenza morfologica che causa il sorgere della consuetudine, cioè dell'*abito* sociale e del suo significato, ma il contrario. La rete delle relazioni enattive – cioè di interpenetrazione e co-generazione tra soggetti sociali e ambiente – e proattive qualifica il comportamento, gli conferisce significato. Ed è il mutare di quelle relazioni, su diverse scale temporali e spaziali, che progressivamente può modificare il significato di quello stesso comportamento, la sua attitudine a riassumere l'*abito* in cui consiste la consuetudine e, quindi, il suo significato/valore, determinando il collassare della sua giuridicità.

9 Sul rapporto tra 'fatto' e 'valori/fini', con riferimento specifico alla intrinsecità dei fini/

caso, la commistione tra elementi assiologico/teleologici, definibili come normativi o anche estetici, ed elementi empirici, tra dimensione soggettiva e dimensione oggettiva, è già presente nella categorizzazione apparentemente neutra, empirica, basata su proprietà primarie del ‘comportamento’. Ciò ha straordinarie implicazioni sull’interpretazione della consuetudine e soprattutto sul rapporto tra iterazione o *diuturnitas* del comportamento e *opinio*. Questi due elementi, almeno in parte, sono fusi nell’*abito* incapsulato nel comportamento come ‘azione dotata di significato’. Per quanto l’*abito* sia assunto in modo irriflesso, per quanto esso possa accompagnarsi a motivazioni differenti, esso ha sempre e comunque una sua intenzionalità/normatività interna¹⁰. L’essere umano, più precisamente la sua mente, è comunque sempre già inclusa, se considerata nella sua relazione dinamica con l’ambiente, in ciò che può essere osservato come ‘quel comportamento’; ancor più se esso sia poi utilizzato come ‘riferimento empirico’ di una regola di condotta.

Queste considerazioni riguardanti l’*abito* e l’intima connessione tra mente e azione, soggettivo e oggettivo, intenzionale e materiale, che esso include, hanno cruciale rilievo nella determinazione del significato della consuetudine e nell’applicazione pratica di questa categoria giuridica. Giudicare se uno stesso comportamento è stato iterato nel tempo significa innanzi tutto accertare la corrispondenza della rete relazionale a esso soggiacente. Se questa dovesse essere differente in molte occasioni, il comportamento in sé, ancorché morfologicamente analogo, non potrà dirsi iterato. Come osservato, già la categorizzazione del ‘fatto comportamentale’, il suo isolamento da altri elementi dell’esperienza, rappresenta una proiezione normativa, che a sua volta non può non tener conto della circostanza che il comportamento umano è sempre teleologicamente orientato¹¹. Il comportamento consuetudinario non corrisponde mai a una singola unità gestuale, una sorta di particella elementare. Piuttosto esso coincide con una sequenza di micro-azioni coordinate in un’unità integrata tenuta insieme da un fine, che a sua volta costituisce l’asse identificativo e qualitativo per determinare quali e quanti micro-gesti considerare unificati da quel che viene categorizzato come ‘comportamento consuetudinario’. Senza quel *qualificante teleologico*, i singoli elementi riunificati nella sequenza unitaria definita dal comportamen-

valori al momento genetico della categorizzazione e quindi alla non-esogenicità della dimensione teleologica rispetto alla categoria o al concetto, rinvio a quanto osservato in Ricca, 2022b.; Ricca, (in corso di pubblicazione). Segnalo la distanza della mia visione del rapporto tra categorie e fini, secondo una prospettiva enattiva, da impostazioni di autori di formazione analitica che pure si autodefiniscono pragmatisti: cfr. Coleman 2003. Tra quanti distinguono fini e significato cfr. anche Searle 1995; Searle 2001.

10 In tal senso, ‘intenzionalità’ va inteso in modo differente e più ampio di quanto non faccia la teoria causale dell’azione riconducibile a Davidson e, prima ancora, ad Anscombe.

11 Questo discorso si applica anche alla determinazione del comportamento penalmente rilevante. A nulla rileva, in tal senso, il tentativo del diritto moderno e connesso all’epistemologia della secolarizzazione di distinguere il piano del fatto da quello dei motivi all’azione, il foro esterno dal foro interno. Del resto, che la distinzione, cara alla dottrina penalistica moderna, tra comportamento e motivi, o ancor più tra intento e motivi, non corrisponda ad alcuna scansione oggettiva o ontologica è ormai un dato assodato. Su questo rinvio a Ricca 2020: 185 ss. e, *ivi*, per le relative indicazioni bibliografiche relative alla dottrina penalistica.

to potrebbero avere significazioni differenti, inserirsi in catene d'azione e di senso diverse, relative a situazioni e complessi relazionali altri, semanticamente contrastanti. In effetti, l'elemento teleologico è ciò che tiene insieme la situazione complessiva indicata dall'espressione 'comportamento consuetudinario', con il quale si riassumono tutti gli elementi della sequenza d'azione etichettata, ad esempio, 'consuetudine X'. Un'etichetta, che nella sua dimensione simbolica, svolge la duplice funzione di riassumere e anticipare l'intera serie di implicazioni relazionali e fenomeniche che le conferiscono significato e la collocano nel mondo dell'esperienza. L'unità relazionale che fa tutt'uno con l'*abito* che include un determinato comportamento o una classe di comportamenti è retta dalla funzionalità rispetto a valori/fini. Questo tipo di funzionalità non coincide con l'accertamento del significato in base ai criteri di corrispondenza analitica della logica vero-funzionale. Micro-variazioni nelle caratteristiche morfologiche del comportamento potrebbero comunque non incidere sulla relazione mezzi/fini, parti/tutto, che tiene insieme l'*abito*. Anzi, da un certo punto di vista, la plasticità dell'*abito*, esemplificato simbolicamente nella lista di controllo che definisce semanticamente una categoria, è un tratto qualificante e indispensabile alla sua significatività. In quanto tale, l'*abito* riassume esperienze passate e proietta sé stesso verso il futuro attraverso il dispiegarsi dell'azione dell'individuo, così come del gruppo sociale. Senza astrazione dal contingente, dalla coincidenza con il presente, l'*abito* non avrebbe senso. Considerazione, questa, che può peraltro applicarsi per qualsiasi generalizzazione. La determinazione di ciò che è irrilevante nei fenomeni, negli oggetti, nelle situazioni, da ricondurre sotto lo spettro di una medesima generalizzazione o di un unico schema categoriale è una opzione di valore intrinseca all'oggettività della categorizzazione così come di ciascun referente della generalizzazione o categorizzazione. La connessione/interpenetrazione tra normativo ed empirico, tra soggettivo e oggettivo, presente nell'*abito* considerato in sé accompagna anche il suo manifestarsi nel tempo, quindi il suo caratterizzarsi come 'generale', 'reiterato' e 'reiterabile'. Questa caratteristica si estende appunto anche agli strumenti simbolici attraverso i quali ci si riferisce agli abiti: e cioè, generalizzazioni e categorizzazioni.

Quanto appena considerato induce la conclusione che non vi sia iterazione senza variazione. Inoltre, questa variazione è comunque riconducibile a unità categoriale grazie alla plasticità nella relazione mezzi/fini che è intrinseca alla struttura semantica dell'*abito*. Abito del quale – ripeto – il comportamento colto nella sua dimensione empirico-morfologica è solo una parte, un riferimento simbolico. Se ciò è plausibile, tuttavia, le micro-variazioni che possono accompagnare su diverse scale temporali e in molteplici circuiti spaziali il reiterarsi dell'*abito*, incidendo sugli aspetti morfologici del comportamento, non sono dissociabili dal significato di esso. Ciò nondimeno, se significato, generalità e iterazione sono connessi, e in quanto tali indissociabili dal verificarsi di micro-variazioni, anche l'*opinione*, cioè la credenza circa l'obbligatorietà o necessità, sarà difficilmente dissociabile dal trascolorare fenomenico dell'*abito*. Del resto, immaginare una asimmetria tra significato del comportamento e valutazione circa la sua obbligatorietà sarebbe semplicemente contraddittorio¹². La variazione

12 Indico al lettore, come possibile pista interpretativa, il confronto di questo passaggio

del significato implica sempre una variazione della credenza circa l'obbligatorietà e il suo oggetto. Corrispondentemente, una variazione nell'*opinio iuris ac necessitatis* concernente il comportamento in sé si rifletterà inevitabilmente sul suo significato. Non è possibile distinguere fenomenicamente una variazione nel comportamento oppure nell'*opinione* connessa alle modifiche nell'iterazione dell'*abito*. Questo perché l'*abito* in sé è il frutto della interpenetrazione dinamica – incorporata, relazionalmente intrecciata/situata, estesa ed enattiva – tra soggetto e ambiente, tra mente e mondo. I due elementi di variazione potranno essere distinti analiticamente solo dopo che la variazione si sarà verificata, cioè solo dopo che l'*abito* sarà mutato, non prima. Quando il giudizio analitico sarà intervenuto, quando le distinzioni morfologico-formali avranno avuto luogo, l'inclusione o l'esclusione di ciò che entra o di ciò che sta fuori dalla cornice dell'*abito*, così come dal suo equivalente categoriale, sarà già stata operata. La decisione al riguardo, tra l'altro, sarà dipesa dal rinnovato adattamento verificatosi ai diversi livelli di interazione tra individui e ambiente riassunti nell'*abito* – livelli che sono distribuiti tra i diversi sottosistemi organici e ambientali che dialogano costantemente al di sotto della dimensione simbolico cosciente.

Quanto precede non è diretto a confutare l'idea che *abiti*, categorizzazioni, tentativi di concettualizzazione, abbiano successo nel ridurre l'indeterminazione e la precarietà nel rapporto tra individuo e ambiente. Il diritto stesso è uno strumento per ridurre l'indeterminazione. Esso opera a livello socio-simbolico ma esemplifica come gli esseri viventi, con i loro atteggiamenti cooperativi, riescano a ridurre l'indeterminazione. Tuttavia, rimane la domanda di fondo: perché lo fanno?

Il diritto senz'altro può essere catalogato con un generatore di *affordances*, una *meta-affordance* dinamica. Tuttavia, le *affordances*¹³ non costituiscono schemi fissi non adattivi. Ecco perché la vaghezza linguistica e la vaghezza ontica devono andare insieme, o essere considerate come due facce della stessa medaglia. Se la riduzione di determinazione imposta dal linguaggio e tradotta in comportamenti entra in rotta di collisione o diventa distonica rispetto alle esigenze adattive, la rigidità del linguaggio genererà complessivamente – cioè, se vista olisticamente – eterogeneità dei fini: dunque, indeterminazione. La necessità di utilizzare una valvola di regolazione enattiva del rapporto tra fissità linguistica e stati della determinazione esperienziale è rintracciabile, a mio giudizio, nella formula tradizionale della consuetudine: appunto, *opinio iuris seu necessitatis* e nella stessa radice della parola 'con-sue-tudine': dove *suum* è da intendersi come *adatto a*.

del testo con l'importante e denso saggio di Canale 2008, :109 ss. Ancorché distante nei presupposti metodologici e nelle conclusioni, le riflessioni proposte in questa sezione del testo sono sviluppate in implicito dialogo con il contributo appena citato.

13 Con riguardo al rapporto e alla combinabilità tra approccio pro-attivo, incluso nell'idea di *affordance*, e approccio enattivo, caratterizzato dalla plasticità e interpenetrazione dinamica tra ambiente e organismo intrinseca agli schemi cognitivi, cfr. Dings 2020: 1855 ss; Nonaka 2020; Baggs, and Chemero 2021. Dal punto di vista semantico e giuridico, la coordinazione tra proattività ed enattività/relazionalità dinamica degli schemi cognitivi trova un riflesso nel tema della *vaghezza* delle proposizioni normative e degli schemi semantici inclusi nella loro parte frastica. Su questo profilo cfr. *infra*, ma, di recente, le interessanti considerazioni di Tuzet, 2019, 4 ff.

La ‘necessità’ nasce dai bisogni del soggetto, dall’adattamento tra soggetto e ambiente in base a una logica transazionale, cioè secondo la conoscenza considerata come mezzo di trasformazione del mondo – che poi è esattamente ciò che comporta la riduzione dell’indeterminazione. La normatività della consuetudine non può superare la soglia dell’adattamento: una soglia che, ovviamente, va assunta in chiave relazionale e non certo coincidente con i capricci contingenti del singolo individuo. Del resto, quando argomenta o giustifica, l’individuo mette in moto l’intera rete di relazioni che tengono insieme tutti gli individui: il suo discorso è generale e, se mette in discussione la capacità di produrre determinazione della consuetudine preesistente, allora la priva di ‘ragion d’essere’, facendola collassare su sé stessa. A tal proposito, c’è da dire che la riduzione di indeterminazione transita sempre e comunque attraverso un processo popolato da modificazioni reciproche tra individuo e ambiente (un ambiente che contiene anche gli altri).

Come osservato nel paragrafo precedente, non esiste una consuetudine che sia oggettiva in sé, perché si è solidificato il processo sociale di accettazione e validazione di essa a livello collettivo, mentre, al contrario, il soggetto singolo potrebbe fare solo da spettatore a essa. Stesso discorso per la desuetudine, il cui aspetto tacito coincide con il formarsi di una consuetudine differente – fosse anche solo negativa o abrogativa della consuetudine preesistente. Ciò che il soggetto osserva nella consuetudine è anche sé stesso, un sé stesso situato, intrecciato nella relazione di significazione tra mente e mondo. E non può ammettersi una dicotomia netta tra ‘soggetto che vive raffigurato nella consuetudine’ e ‘soggetto colto nella sua condizione esistenziale e di autocoscienza’. Se così fosse, non vi sarebbe più *con-sue-tudine*, né *opinio necessitatis*: ma solo *opinio iuris*, dove l’*ius* sarebbe destinato a porsi come del tutto eteronomo. Un’assoluta eteronomia che darebbe luogo a una forma di alienazione totale. Eppure, il legame con il senso è imprescindibile anche nelle restituzioni/interpretazioni più formalistiche o analitiche dell’esperienza giuridica. Questo perché è il legame con il senso che conferisce a tutto il diritto positivo un fondamento e lo rende, alla base, soggetto alla stessa dinamica della consuetudine. Un fondamento che non attiene solo ai pre-requisiti teorico-concettuali del fenomeno giuridico ma incide, capillarmente, in ogni scelta applicativa, nel farsi dell’interpretazione e della stessa comprensione/oggettivazione di ciò che le parole del diritto *significano*.

Nella prospettiva appena illustrata, potrebbe dirsi che la consuetudine trascolora costantemente nella desuetudine e si rigenera auto-trasformandosi. Forse, *le consuetudini* tramontano ma la ‘Consuetudine’ si riproduce attraverso la desuetudine delle consuetudini che scandiscono il ritmo del *continuum* di senso inerente alla ‘Consuetudine’ intesa come processo e come categoria. In questo la ‘Consuetudine’ si *comporta* come la conoscenza e il rapporto tra la conoscenza e l’enciclopedia aperta e cangiante dei ‘conosciuti’. In proposito, credo sia plausibile affermare, guardando il positivismo stesso in una prospettiva trans-epocale e sostantiva (cioè, concernente i contenuti dell’esperienza giuridica), che la connessione con la conoscenza valga anche per il diritto posto formalmente e istituzionalmente. Su questo profilo, con specifico riferimento al fenomeno dell’abrogazione delle fonti attizie, tornerò più avanti.

Prima di concludere questa sezione, vorrei osservare come la coincidenza innanzi tutto cognitiva tra *abito* e contenuto della consuetudine legittimi una parafrasi metaforica del termine *consuetudo*. Il nesso tra *abito* e significato, tra *abito* e intenzionalità/normatività, indipendentemente dalla circostanza che esso sia assunto in modo irriflesso o criticamente consapevole, dovrebbe far intendere la *consuetudo* come *cognitudo*, cioè ‘cogni-tudine’, che nell’alludere alla *conoscenza* include in sé ed enfatizza il *suum* (cioè, l’adatto a) ed anche il *cum* (cooperativo) intrinseco alla conoscenza e alla sua connessione con una plastica, aperta e costantemente rinnovabile modalità di riduzione dell’indeterminazione.

In questo senso – e qui riprendendo un tema di matrice hartiana e austiniana – non deve meravigliare che le motivazioni sottostanti al rispetto della consuetudine, cioè alla reiterazione di un comportamento consuetudinario, possano essere differenti. Non vi è alcun paradosso in questo, tanto meno un conflitto tra norme differenti¹⁴. Sarebbe così solo quando si ritenesse che la parte frastica della norma ospiti una semantica ossificata a pena dell’inesistenza della norma. Tuttavia, ancorché di fonte attizia, le norme giuridiche o morali (si pensi agli imperativi religiosi) non operano e non potrebbero mai operare indipendentemente dagli abiti, dalla loro plasticità intrinseca e dal loro rapporto con la conoscenza, intesa come modalità di coordinazione adattiva tra individuo e ambiente. Intendere le norme come schemi deontici caratterizzati da un’assoluta fissità semantica implicherebbe – come implicitamente ed erroneamente fanno tutti i formalismi – che la partita per il significato si sia conclusa con la nascita dell’istituzione; o, piuttosto quasi grottescamente, che la vaghezza semantica delle categorizzazioni presenti nella parte frastica di ogni norma sia una munifica e libera concessione operata nel momento della stabilizzazione istituzionale del diritto a favore degli operatori giuridici del futuro¹⁵. Questa volontarietà, che implica una scelta libera, semplicemente non esiste. E non esiste perché né gli *abiti* né le loro restituzioni simbolico-categoriali possono, e sono pensati riflessivamente per, nullificare l’indeterminazione intrinseca al dispiegarsi dell’esperienza.¹⁶ Nessuna norma di origine attizia, così come nessuna consuetudine, è obbedita al meglio di un adeguamento ai suoi significati imperativi indipendente da motivi. Questo perché motivo e significato sono due facce della stessa medaglia. Che possano esistere fini esteriori, ulteriori, rispetto a quelli intrinseci a ogni atto di categorizzazione e a ogni *abito*, non elimina affatto la circostanza che il significato intrinseco sia alla categoria sia all’*abito* siano il frutto di un’interazione *axio-telicamente* orientata tra soggetto e ambiente, tra mente e mondo. L’iterazione dei comportamenti indicati dalle norme, sia attizie sia consuetudinarie, si accompagna costantemente e inevitabilmente alla possibilità di micro-variazioni che nel tempo possono dar luogo a slittamenti di significato. Questi slittamenti non sono mai ‘senza motivo’, ancorché esso possa apparire invisibile, non emergente. L’essere *motivati*, con effetti sul significato, di quegli slittamen-

14 Cfr. ancora, al riguardo, le considerazioni di D. Canale, *Paradossi*, cit.

15 A questo riguardo, per ulteriori approfondimenti, rinvio ancora a M. Ricca, in corso di pubblicazione.

16 Määttänen 2010, 201 ss.

ti è coestensivo con il carattere implicitamente *intenzionale*, nel senso *ampio* di orientato da e a valori i/fini, di ogni processo di formazione di un *abito* cognitivo. La polifonia delle motivazioni che stanno alla base del ‘seguire una consuetudine’ procede in sincronia con le micro-variazioni nel suo significato, che possono alla fine condurre a) all’autotrasformazione del comportamento consuetudinario senza implicare necessariamente il decadere della consuetudine, così come b) alla desuetudine, cioè a un mutamento di paradigma sia comportamentale, sia cognitivo. Esattamente il contrario di quel che ritenevano sia Austin, sia Hart¹⁷: e cioè che il significato di una norma e l’obbedienza a essa, dal punto di vista *interno* del soggetto di diritto, prescindano dalle motivazioni. Le motivazioni, intese come legame con la dimensione assiologico/teleologica che accompagna la formazione di qualsiasi categoria – come di ogni proposizione predicativa – sono intrinseche al significato e alla struttura categoriale.

Un’esemplificazione per alcuni versi spettacolare del legame tra motivazioni e significato, e quindi della connessione fenomenica tra soggetto e mondo nella determinazione dell’oggettività empirica, è costituito dal tema della ‘ripetizione’¹⁸. Da Kirkegaard a Deleuze¹⁹ l’impossibilità della ripetizione si coniuga con la presa di coscienza della sua innovatività. In entrambi i filosofi la ‘ripetizione’ non è irriflessa iterazione ma volontaria ‘riproduzione’ dell’identico. In entrambi i filosofi, la riproduzione dell’identico condotta al meglio della corrispondenza morfologica tra alcune caratteristiche dell’agire produce innovazione, modificazione di significato. Non c’è tuttavia nulla di misterioso nel generarsi di questo effetto novativo attraverso la ‘rinnovamento morfologica’ dell’azione. L’emergenza del ‘nuovo’, percepito come imprevisto, non è altro che l’effetto della non coincidenza tra ‘iterazione morfologica’ e ‘identità del significato’. Una diffrazione che dipende dalla circostanza che il significato non coincide con le caratteristiche morfologiche del comportamento ma dipende dalla connessione relazionale tra gli elementi che costituiscono la rete semiotica soggiacente alla produzione del significato intesa come unità assiologico/teleologica, o situazionale, presupposta a, e generatrice della, combinazione di elementi morfologicamente identificabili e distinguibili. Con accenti differenti, sia in Kirkegaard, sia in Deleuze, il *ripetere* volontario è un tentativo di alterare relazioni fenomeniche sopravvenienti. Come tale, la ripetizione è intrinsecamente innovativa. D’altro canto, proprio perché l’iterazione di un comportamento assunto ad *abito sociale* è polifonica, multisituata, policontestuale ecc., e in quanto dotata di significato è adattiva, anch’essa – come osservato – avverrà mediante micro-variazioni che cumulativamente potranno dar luogo all’emersione evidente, visibile, del ‘nuovo’.

Ancora con riferimento al rapporto tra motivazione (intenzionalità/valori/fini inerenti alla struttura categoriale e all’abito soggiacente) e significato vorrei soffermarmi

17 ...non così Kelsen, a mio giudizio, nemmeno nel noto passo della *Teoria generale delle norme* in cui difende la coerenza sistematica di due norme semanticamente contraddittorie.

18 Anche su questo tema, nonostante la distanza dalle mie conclusioni, è da ritenersi un testo di riferimento Canale, 2019: 61 ss.

19 Cfr. Kirkegaard 2012; Deleuze 1997.

brevemente sulla relazione, da alcuni posta, tra convenzioni sociali e consuetudini. Le ricerche di Lewis²⁰, a questo riguardo, hanno aperto la strada a una messe di studi e riflessioni. Analizzando proprio il lavoro di Lewis, tuttavia, emerge un profilo intrinseco alla sua proposta di definizione e inquadramento categoriale delle convenzioni che, a mio giudizio, rende le sue ricerche non appropriate a cogliere l'asse generativo del fenomeno consuetudinario. In tutti gli esempi paradigmatici di convenzione e di formazione delle convenzioni sociali riportati da Lewis²¹ è presente un dato costante: l'orientamento strategico dell'agire degli individui che, appunto, mediante le loro azioni danno vita a convenzioni. Agire strategico e agire adattivo, quest'ultimo proprio della formazione degli *abiti*, non sono attività coincidenti. La differenza cruciale consiste nella circostanza che nel primo tipo di attività il criterio assiologico o finalistico è eteronomo rispetto alla produzione del significato interno all'azione. Nell'agire convenzionale – per dir così – la finalità o il parametro di valutazione dell'efficienza strategica dei comportamenti, che poi è l'asse propulsivo della loro stabilizzazione nella prassi, è preesistente all'azione stessa. I soggetti si coordinano in relazione a questo elemento ed esso non appare – almeno nella casistica esemplificata dal Lewis – trasformato nel suo significato nel corso del processo di formazione della convenzione. Nel caso dell'*abito* e della consuetudine accade esattamente il contrario. Soggetto e ambiente, mente e mondo, sono coinvolti in una relazione continuata e aperta che *co-modifica* le sue parti, rendendo i valori/fini che guidano l'adattamento mezzi per la produzione di una situazione complessiva innovativa che sovradetermina (parzialmente) gli elementi (attori e ambiente) coinvolte e, quindi, quegli stessi valori/fini. In particolare, nella formazione di un abito e, perciò, della rete semiotica che fa da sfondo a una consuetudine, l'ambiente esterno all'individuo è popolato da altri individui, che reagiscono in modo adattivo interpenetrando e incorporando plasticamente gli stimoli ambientali mediante reazioni orientate a valori²². I valori, tuttavia, sono frutto dell'intero processo – potrebbe dirsi filogenetico ma anche culturale – che ha accompagnato l'adattarsi dell'individuo e del suo organismo all'ambiente. Questo, se non altro, perché l'adattamento implica sempre trasformazione e tale trasformazione coinvolge anche i valori/fini che avranno funzionato come mezzi/criteri di orientamento nella gestione del processo di adattamento (come linee d'orizzonte, per esprimersi in termini metaforici). Del resto, i valori/fini sono anch'essi *abiti*, paradigmi di interazione relazionale e dipendono dai rapporti che definiscono lo stato sia dell'organismo sia dell'ambiente circostante. Ogni stadio nel processo di adattamento modifica sia le relazioni interne al soggetto, sia quelle esterne, e quindi incide sulla morfologia dinamica dei valori/fini intesi, appunto, come agenzie processive e non come entità essenzializzate e astratte dal divenire. Ciò non significa che tutti i valori/fini si modifichino repentinamente e non si adattino piuttosto per slittamenti progressivi, mediante inclusione di ulteriori

20 Cfr. Lewis 2002. Tra i giuristi italiani ha scandagliato il rapporto tra convenzione e consuetudine Celano, del quale cfr., tra gli altri contributi, Celano 2014: 605 ss.

21 Cfr., in proposito, le interessanti considerazioni proposte da Guala 2009.

22 Cfr., in tal senso, per una prospettiva enattivista, Di Paolo, Cuffaro, and De Jaegher 2018.

connessioni relazionali o la perdita di altre. Alcuni di essi mostreranno maggiore stabilità, altri minore. Quel che conta, tuttavia, è che il loro significato si articoli mediante la formazione dell'*abito*, e cioè di una rete semiotica o situazione comprendente – o, se si vuole, un livello di terzietà differente da tutti gli elementi originari del processo di adattamento e interpenetrazione reciproca eppure inclusivo di ciascuno. Distinguere tra convenzione e consuetudine sotto questo profilo è di estrema importanza a fini pratici poiché la convenzione – almeno così come è intesa – possiede una fissità garantita dall'eteronomia del criterio/valore che ingenera la stabilizzazione dei relativi comportamenti: fissità ed eteronomia non coestensive alla *precaria ma processivamente significativa continuità nel tempo* dell'*abito* e della consuetudine.

Quanto osservato in questo paragrafo – penso sia importante sottolineare questo aspetto – ha immediate implicazioni per i giuristi pratici poiché incide direttamente sul *modo* di accertare sia l'esistenza delle consuetudini, sia il *modo* di farle valere di fronte alle istanze di modulazione prospettate dai soggetti di diritto in relazione alle situazioni vissute. Non ho alcun dubbio che il giurista positivo che si trovasse a confrontarsi con le mie considerazioni – ammettendo che abbia avuto la disponibilità a giungere fin qui – porrebbe immediatamente due quesiti riguardanti il destino della certezza del diritto. Immagino che essi potrebbero suonare più o meno come segue: 'Se l'autotrasformazione semantica degli *abiti* è inestirpabile dalla comprensione della consuetudine, come potrebbe impedirsi che chiunque avanzi una propria interpretazione di essa, sostanzialmente vanificandone la normatività?' E ancora: 'A quel punto, far valere la consuetudine, e persino accertarne l'esistenza, non costituirebbero un mero esercizio di potere?' Penso che la sequenza di interrogativi appena descritti sia più che plausibile. Tuttavia, essa poggia su una sorta di sacralizzazione della fissità semantica che trascura quanto osservato, appunto, con riferimento all'autotrasformazione intrinseca a ogni ripetizione.

Dal mio punto di vista, non è l'irrigidimento semantico il *farmaco* più adatto contro i possibili effetti imprevedibili scaturenti dall'allineamento tra il carattere adattivo dell'*abito* e delle categorie, che implica la loro autotrasformazione e dunque il rischio di manipolazioni strumentali di tipo strategico ed estranee a qualsiasi processo di universalizzazione. Questo perché quell'irrigidimento è solo morfologicamente, cioè esteriormente, portatore di stabilità e identità. Viceversa, se considerato in termini operazionali, esso risulta semanticamente produttivo di indeterminazione proprio perché isola la dimensione morfologica della categorizzazione dall'unità fenomenica, cioè dalla rete semiotica o situazionale/contestuale, che è parte costitutiva della sua significazione. Non solo, la fissità semantica intesa come stabilità o immutabilità morfologica va incontro a un diverso tipo di utilizzo strumentale. Mi riferisco alla dissimulazione del mutamento effettivo del significato connesso alla struttura morfologica delle regole preesistenti strategicamente utilizzato da chi abbia interesse al mantenimento dello *status quo* ma solo per lucrare vantaggi sopravvenuti. Vantaggi, cioè, che siano conseguenti al mutamento delle relazioni significanti che accompagnano appunto la ripetizione degli schemi morfologico-comportamentali ritenuti originariamente conformi agli standard normativi. In tal senso, è inutile nasconderselo, il mantenimento delle consuetudini, soprattutto quando ridotte a formulari scritti intesi come fonti di cognizione di esse, può ridursi a un mero e mistificante esercizio

di potere appannaggio dei gruppi socialmente dominanti. Gruppi che invocano la forza della tradizione, in molti casi, soltanto per legittimare la possibilità di usufruire a proprio vantaggio di *nuove* implicazioni di *vecchi* schemi comportamentali; o, in alternativa, per opporsi all'adeguamento di quegli schemi a nuovi assetti relazionali che abbiano mutato sostanzialmente il significato originariamente connesso alla loro struttura morfologica. In questo senso, quel che potrebbe essere considerato come il 'trionfo della consuetudine' sarebbe la 'disfatta della cognitudine' e il totale scollamento tra senso e diritto, tra fini/valori e regole, per giunta e quasi beffardamente camuffato da difesa della certezza del diritto.

4. Terzo inizio/percorso. Categorie, essere, dover-essere e futuro.

La parte frastica delle proposizioni normative e la loro eccedenza semiotica

Le regole legali, siano esse di matrice consuetudinaria o attizia, prescrivono modelli comportamentali. Nel farlo, tuttavia, le regole stabiliscono non solo come il mondo dovrebbe essere, ma in parte anche come esso è. Quando una categoria è inclusa nella parte frastica degli enunciati legali, essa getta implicitamente un'ombra su tutto ciò che non vi si adatta. La luce della legge, per così dire, precipita nell'oscurità ciò che è lasciato fuori dal discorso giuridico e dalle categorie che esso include. Crea, in altre parole, un cono d'ombra semantico. Questa operazione, tuttavia, non è in grado di fornire alle norme una completa autoreferenzialità. Gli spettri categorici hanno confini semantici porosi e sono influenzati da un'intrinseca eccedenza semiotica. Ciò fa sì che, non appena le norme acquisiscono vincolatività (tramite processi di sedimentazione comportamentale – consuetudine – o mediante l'emanazione di atti normativi), esse inizino a operare enattivamente nel rimodellare i loro indici di coerenza rispetto agli stessi valori e ai fini che dovrebbero incarnare e realizzare. Nel confronto con l'esperienza e le fluttuazioni nella condotta dei soggetti di diritto, le regole possono mostrarsi operativamente inadatte a includere e a catturare con i loro effetti i comportamenti per regolare i quali esse sono state espressamente concepite. Per converso, ciò che quelle stesse norme hanno escluso, può dimostrarsi meritevole di tutela e quindi degno di essere incluso nel loro spettro semantico-regolativo in base ai valori/fini che le legittimano. L'indeterminazione che fa seguito all'acquisizione di efficacia delle norme sembra quindi costituire un problema sia in ordine alla ricerca della certezza del diritto, sia rispetto al fine di evitare l'ingiustizia. Sembrerebbe prendere forma, di fronte a questa alternativa, una sorta di paradosso. Il silenzio del diritto – verrebbe da chiedersi, sebbene per assurdo – è la sola opzione rimanente? Oppure vi è una via d'uscita, una terza possibilità rispetto all'aberrante alternativa tra il silenzio della legge e l'indeterminazione del discorso normativo? E cosa ha a che fare tutto questo con abiti, categorie e la loro attitudine all'auto-trasformazione precedentemente posta in evidenza? Si tratta solo e soltanto di un deficit, un semplice inconveniente del linguaggio umano?²³

23 Che la 'colpa' sia del linguaggio umano sembrerebbe – com'è noto – la ragione addotta

Penso che la questione generale abbia a che fare con l'approccio ideologico e, in un certo senso, epistemico nel guardare all'esperienza giuridica e alla produzione del diritto. La moderna idea di legalità si è lasciata alle spalle – almeno in linea di principio – il presupposto che la legge umana debba allinearsi a un'enciclopedia di paradigmi assiologici e comportamentali essenzializzati che incarnerebbero i *modi* (in senso spinoziano) della giustizia. La fonte divina della legge naturale e delle relative categorie è divenuta dall'alba della modernità in poi, per effetto del processo di secolarizzazione, un'assunzione assiomatica destituita di affidabilità. Tuttavia, l'idea di una gerarchia logica sussistente tra le assi di legittimazione dell'autorità del diritto e l'esperienza giuridica continua a permanere tra i presupposti taciti dell'immaginario giuridico moderno e contemporaneo. Ammesso che più di un mutamento saliente abbia avuto luogo rispetto alla mentalità giuridica medievale, esso coincide con uno spostamento – inevitabile, quantomeno secondo la retorica della secolarizzazione – sul fondamento cronologico della gerarchia appena richiamata, piuttosto che sulla sua dimensione logica (e ontologica). L'atteggiamento epistemico del giurista moderno, soprattutto se ancorato a una prospettiva di matrice positivista, identifica l'*incipit* e la radice della legittimità del diritto e della sua stessa esistenza con l'intervento di una rottura cronologica, e quindi anche discorsiva, rispetto al processo di discernimento assiologico e semantico che precede la nascita dell'istituzione. E ciò vale sia per il caso in cui all'istituzione sia conferita un'origine consuetudinaria, sia quando essa venga ricondotta a una mitica decisione di tipo attizio di carattere fondativo. Il mito del contratto sociale esprime, appunto, nella sua stessa narrazione il tratteggiarsi di questa linea di confine, di questa cesura cronologica.

Ciò che viene spesso trascurato è che le proiezioni simultaneamente prognostiche e deontiche del contratto sociale implicano necessariamente anche un contratto sociale semantico che va ben oltre il significato politico del termine 'contratto' o di ciò che è solitamente inteso con l'espressione 'contratto sociale'. La presa sul futuro, inerente alla stessa idea di contratto sociale e alla possibilità della sua realizzazione, non può avvenire senza la permanenza nel tempo delle categorie semantiche relative ai fenomeni sociali ed empirici. Senonché è proprio di fronte a questo presupposto, equivalente a una sorta di crocevia per l'efficacia/effettività delle norme radicate per la loro validità in quel contratto, che il pensiero giuridico moderno sembra incappare in un paralogismo. Nella misura in cui la stabilità semantica adesso accennata si dimostra prerequisito ineludibile dell'efficacia/effettività giuridica di un diritto fondato sul passato, essa finisce per trasformare in una caratteristica attribuita apoditticamente quel che ha precedentemente identificato con l'elemento denotativo centrale della dimensione legale e della sua fenomenologia. La principale conseguenza di questo atteggiamento epistemico, che è anche psico-politico, è che lo *sguardo* dei giuristi verso il presente e il futuro degli effetti normativi appaia assimilabile a quello di chi proceda verso queste dimensioni del

da Hart per giustificare l'*open texture* delle regole giuridiche: anche se non è del tutto chiaro, nel suo discorso e in quello dei suoi epigoni, quanto l'*open texture* derivi da un deficit intrinseco al linguaggio oppure da addebitarsi ai limiti cognitivi nella comprensione dei concetti da parte degli interpreti giuridici. Al riguardo, cfr. Stravopoulos 2001: 62 ss.

tempo di spalle, tentando cioè di intravederne i tratti propri come se essi dovessero essere necessariamente riflessi nello specchio del passato. E tuttavia questo specchio altro non è se non l'insieme delle categorie elaborate in un tempo precedente ma (presuntivamente) irrigidite nella loro portata semantica dal sigillo dell'autorità conferita al contratto sociale semantico pensato come coevo al prender forma della dimensione istituzionale del diritto.

Un tipico assunto, dal carattere quasi assiomatico, derivante dalla disposizione/prospettiva epistemica appena delineata coincide con la massima secondo la quale il 'diritto produce i suoi fatti'.²⁴ Questa lettura piuttosto autoritaria e cognitivamente aprioristica dell'esperienza sociale destinata a essere qualificata e regolata dalle norme giuridiche trova sovente una giustificazione nell'esigenza di certezza del diritto. Se i soggetti chiamati ad applicare la consuetudine o la legge potessero manipolare i confini semantico/categoriali dei termini inclusi nelle proposizioni giuridiche – così procede l'argomento – l'intera architettura degli ordinamenti e della loro legittimazione rischierebbe di evaporare e l'incertezza sui contenuti del diritto si diffonderebbe senza limiti. Ciò significa, in altre parole, che al meglio delle sue implicazioni autoreferenziali, il mantenimento di una stabilità semantico-categoriale specchiata nel passato costituisce un elemento che il diritto moderno non può non assumere per scontato – pena la perdita della sua consistenza fenomenica e della scientificità della conoscenza di esso (anche se sorgono numerosi dubbi su quale di queste due dimensioni preceda e condizioni costitutivamente l'altra). Quello che, invece, sembra assai meno convincente, è che gettare un velo di silenzio o dissimulare quel che si presenta come un problema insormontabile, fingendo che non ci sia, sia stato spacciato per la sua soluzione.

La stabilità semantico-categoriale non può essere garantita o mantenuta d'autorità. E se essa è un prerequisito sia dell'efficacia che dell'esistenza stessa degli ordinamenti giuridici, la conclusione pressoché immediata e inevitabile è che il diritto non sia in grado di garantire le precondizioni della propria efficacia e nemmeno della propria legittimazione²⁵. D'altra parte, sorgono anche alcuni dubbi sul fatto che il significato principale e genuino della complessiva intrapresa giuridica coincida con il tentativo di rendere il futuro nient'altro che una replica del passato. Per affrontare questo dubbio epistemico (in un certo senso, una sorta di meta-incertezza) penso potrebbe essere d'aiuto provare a scandagliare la funzione antropologica e cognitiva delle categorie, siano esse assiologiche o empiriche.

La categorizzazione deriva senza dubbio dall'esperienza, e in particolare dalle esperienze passate. Questa funzione cognitiva sfrutta le capacità mnestiche del cervello umano per organizzare risposte adattative alle sfide ambientali. Le categorie consentono all'organismo di reagire in modo riflessivo agli stimoli ambientali sfruttando gli schemi comportamentali sviluppati in passato in modo da potenziare e differenziare il proprio atteggiamento adattivo. La funzione stessa delle categorie,

24 Per tutti, Kelsen 1966: 12 ss.

25 Rinvio, per ulteriori approfondimenti al riguardo, a Ricca 2020.; un argomento che si applica, sul piano politico, anche alle democrazie costituzionali: cfr. Honneth 2014.

in un certo senso, presuppone il futuro e sostiene i singoli organismi di fronte alla novità e all'imprevedibilità che 'si annidano' nell'incessante dispiegarsi dell'esperienza. Detto diversamente, le categorie presuppongono l'Alterità dell'ambiente e il rapporto dialogico con esso, a sua volta assunto come Altro dall'organismo stesso. L'interpenetrazione e la differenziazione reciproca conseguenti alla riproduzione di tale relazione sono, allo stesso tempo, causa dello sviluppo delle categorie, in quanto schemi comportamentali/cognitivi acquisiti, e motore del loro continuo rinnovamento. Se l'ambiente e gli organismi fossero reciprocamente e previamente 'sintonizzati', al punto da rendere inutile qualsiasi differenziazione o aggiustamento adattativo, le categorie sarebbero semplicemente pre-integrate nell'esperienza: vale a dire che non ci sarebbe spazio per esse e, ancor prima, per la categorizzazione stessa. Questo perché l'esigenza di categorizzare sgorga dall'asimmetria adattativa tra organismo e ambiente e, allo stesso modo, dalla precarietà delle passate soglie adattative e dei relativi schemi cognitivo/comportamentali. Se è vero che il 'lavoro' delle categorie pre-acquisite si svolge sovente in modo irriflesso quando, *ceteris paribus*, possono operare come abitudini, tuttavia questa condizione non può essere assunta come costante esperienziale, né come elemento denotativo degli *abiti cognitivi* – come evidenziato più sopra. Se lo si fa, se cioè gli abiti e l'uso delle categorie corrispondenti fossero interpretati alla stregua di *abitudini*, tale approccio delineerebbe implicitamente una condizione esistenziale generale corrispondente a un mondo immutabile, in cui la categorizzazione, come atteggiamento adattivo, sarebbe semplicemente fuori luogo.

Quanto appena osservato indica che le categorie non possono essere intese come matrici per forgiare copie esatte di esperienze passate o situazioni esperienziali. Esse sono piuttosto strumenti per supportare gli organismi viventi (inclusi gli esseri umani) nell'attuazione di risposte intelligenti e quanto più adattive possibili alle sfide poste dall'ambiente. Nella loro intrinseca proiezione verso il futuro le categorie implicano un variabile grado di entropia semiotica, che è da considerarsi come l'altra faccia della loro efficacia adattiva. Senza un coefficiente ponderato di entropia le categorie fallirebbero nell'adempimento della loro funzione: cioè, il coinvolgimento di esse nell'articolazione della risposta dell'organismo a condizioni ambientali nuove e insolite risulterebbe 'adattivamente' inefficace o disfunzionale. Da questo punto di vista, si potrebbe osservare che la mancanza di entropia semiotica inciderebbe sul loro significato autentico e sul loro scopo intrinseco. Per quanto paradossale possa sembrare, l'ossificazione della struttura morfologica delle categorie – vale a dire l'esclusione di qualsiasi grado di entropia semiotica nell'implementazione esperienziale di schemi pre-acquisiti – produrrebbe 'copie non autentiche' delle esperienze originarie da cui gli stessi schemi categoriali e gli *abiti* soggiacenti derivano; schemi che pure per un lasso di tempo hanno efficacemente sostenuto l'azione degli individui o dei gruppi. Ciò significa che l'irrigidimento morfologico delle categorie può renderle non adattive. E questo implica che la mancanza di entropia semiotica può produrre lo stesso tipo di incertezza e fallimento prognostico che ogni categoria è progettata per evitare.

Il *disguido* epistemico annidato nella meta-narrazione del positivismo giuridico è radicato, stranamente, nei presupposti storico-sociali che sostengono e giustifica-

no il suo sorgere nell'immaginario moderno e nella correlativa esperienza istituzionale. I primi positivisti assumevano che il diritto avesse una struttura concettuale sistematica in quanto tale presumibilmente isomorfa rispetto al tessuto delle relazioni sociali. La fedeltà ai vincoli di pertinenza coestensivi con la struttura categoriale/concettuale del linguaggio giuridico positivo, in quella visione, avrebbe dovuto assicurare la corrispondenza tra l'interpretazione e l'attuazione delle disposizioni di legge, da un lato, e gli assetti psico-sociali incarnati dai soggetti di diritto o, comunque, dagli individui costituenti il popolo, la nazione, la comunità statale, dall'altro. Questo tipo di corrispondenza, tuttavia, avrebbe potuto (e, in generale, potrebbe) essere postulata solo in quanto radicata in un contesto sociale e culturale dotato di una se non altro relativa stabilità. A tali condizioni, si assumeva in tesi che fin quando una norma giuridica fosse rimasta in vigore, la sua corrispondenza con l'ambiente sociale avrebbe potuto essere data per garantita (o per scontata, a seconda dei punti di vista). Un argomento analogo veniva esteso alle categorie incluse nelle disposizioni normative di matrice legislativa, indipendentemente dal fatto che fossero relative alle parti prescrittive (neustiche) o descrittive (frastiche) degli enunciati giuridici.

La principale difficoltà insita nell'approccio positivisticamente appena descritto e alla idea di 'corrispondenza semantico/sociale' dell'apparato normativo istituzionalizzato ha a che fare con la stessa ambizione del diritto e del legislatore di emanare regole in grado di *catturare* e *conformare* il futuro. A questo riguardo, più in generale, c'è da osservare che una norma giuridica intrinsecamente affetta dal rischio di incorrere in un'imminente obsolescenza avrebbe poco senso e trasformerebbe la 'missione dei legislatori' in un'impresa frustrante e fallimentare. La norma giuridica *deve durare*, almeno per un tempo ragionevole; altrimenti, la sua significazione deontica svanirebbe²⁶. Costatazione che si applica, con ancor maggiore intensità, alle

26 Questa considerazione si applica anche a leggi particolari riguardanti situazioni isolate. La 'durevolezza', in questo caso, avrà a che fare con la legittimazione della violazione del principio della generalità delle norme connessa alla divisione dei poteri. La legge particolare può legittimarsi come mezzo in quanto funzionalizzata alla realizzazione di principi/valori normativi che precedono e permangono di là dal tempo e dalle situazioni concernenti la sua emanazione e la sua attuazione. In questo caso, la durevolezza avrà a che fare con gli effetti della legge particolare, il cui significato è da determinare al meglio delle loro relazioni con il complesso di situazioni sussumibili sotto lo schema dei principi/valori che legittimano funzionalmente la 'particolarità' della previsione normativa – in tal senso cfr. Heller 1987. Più in generale, poi, può osservarsi che la categoria del 'deontico' implica sempre una proiezione temporale – elemento, tra l'altro, che accomuna la consuetudine alle fonti attizie. Senza il 'domani', senza l'alterità del soggetto destinatario di un obbligo – o anche di una direttiva che includa un valore da realizzare – il dover-essere semplicemente non avrebbe senso. Considerazione che vale anche per gli imperativi riflessivi, cioè che il soggetto imponga a sé stesso. Essi avrebbero come destinatario, comunque, l'Altro *del Sé* che abiterà il domani. Costatazione che ripropone il problema del presupposto cognitivo dell'analogia e dell'identità, intese come elementi costitutivi e processivi della generalità normativa; un presupposto da assumere e configurare al meglio della 'differenza' tra le situazioni rispettivamente relative alla produzione e all'applicazione sia dei valori, sia degli imperativi. La ponderazione del rapporto tra differenza e identità necessaria all'applicazione e alla stessa pensabilità sia dei valori, sia degli imperativi, si basa, a sua volta, sugli elementi

disposizioni contenenti i principi costituzionali dal momento che esse si auto-qualificano come elementi costitutivi di tutti i futuri sviluppi dello Stato e della società.

Esattamente come per le categorie e la categorizzazione, se analizzato da una prospettiva cognitiva generale, anche il *dire giuridico* non può evitare di preinscrivere un coefficiente di entropia semantica e operativa, ancor più se – come accade – esso deve fare i conti con l'inevitabile imprevedibilità dell'esperienza e, nello specifico, del cambiamento sociale²⁷. Il linguaggio giuridico, quindi, non può evitare di includere in sé l'autotrasformazione semantica – e non si può evitare di intenderlo da questa prospettiva. L'accettazione di questo vincolo, tuttavia, sembra compromettere la tenuta del nucleo stesso della corrispondenza semantico/sociale che sta sullo sfondo dell'immaginario giuridico moderno e, più specificamente, dell'approccio positivistico.

Quest'ultima considerazione induce a focalizzare ancora l'attenzione sulla cesura psicosociale che il pensiero giuridico – e in particolare le sue declinazioni formalistiche e analitiche²⁸ – colloca nel momento dell'istituzionalizzazione del diritto. Una cesura che coincide con il presunto 'effetto di congelamento dei significati' coestensivo alla conclusione del contratto sociale semantico tacitamente accostata dal positivismo – anche se in modo implicito – al definirsi del contratto sociale politico²⁹. L'idea di corrispondenza semantico/sociale deve la sua forza argomentativa e la sua plausibilità solo al presupposto che il linguaggio giuridico e almeno la 'struttura' dei rapporti/fatti sociali si rispecchino reciprocamente in modo referenziale e duraturo³⁰. Diversamente, la permanenza delle norme giuridiche e delle loro enunciazioni implicherebbe necessariamente una continua rinegoziazione del contratto sociale semantico originario e, quindi, anche dei confini categoriali relativi ai termini inclusi negli enunciati giuridici. Per converso, tale rinegoziazione smentirebbe implicitamente l'assunto di una correlazione referenziale tra parole giuridiche e fatti sociali suscettibili di essere intesi in termini concettuali³¹ e quindi identificabili mediante un approccio ermeneutico di tipo analitico. In condizioni di flessibilità semantica, anche se adattata alle esigenze specifiche del linguaggio deontico, la pos-

valutativo/qualitativi, dunque anche estetici, che operano come fattori generativi dell'astrazione necessaria a *calcolare* uguaglianza e differenza. Su questo profilo, comunque, rinvio a quanto osservato più sopra nel testo.

27 Secondo quanto osservato nella nota precedente, il cambiamento sociale, l'imprevedibilità dell'esperienza, non sono i soli elementi da cui scaturisce l'esigenza di entropia semantica. La 'differenza' e l'astrazione connesse alla proiezione temporale (che, del resto, non esisterebbe, senza distinzione) e alla determinazione del soggetto destinatario della direttiva di valore o della prescrizione costituiscono dati 'strutturali' del linguaggio deontico.

28 Basti pensare alla *Grundnorm* kelseniana o alla descrizione del formarsi della *norma di riconoscimento* – o comunque delle *norme secondarie* – in Hart.

29 Considerata la natura postulativa e quasi-mitica del contratto sociale, poco conta a questo riguardo che, a seconda delle versioni, esso sia identificato come attizio o consuetudinario. Una differenza, peraltro, dovuta in parte all'appartenenza dei diversi autori all'universo di esperienza del *civil law* o del *common law*.

30 Per un approccio analitico ponderato e sensibile alle implicazioni giuridiche degli studi di Max Black sul rapporto tra categorizzazione e metafora, cfr. Passerini Glazel 2005.

31 Il riferimento, qui, è ancora una volta a Hart 2012.

sibilità di applicare una logica vero-funzionale al rapporto referenziale tra termini giuridici e fatti sociali giuridicamente rilevanti risulterebbe non praticabile.

L'adattamento reciproco tra le categorie del discorso giuridico e le categorie del linguaggio naturale (o degli altri linguaggi specialistici) relative a fatti sociali ed empirici implicherebbe inevitabilmente l'entrata di scena di giudizi di tipo assiologico e teleologico. Ciò significa che nella costruzione del sillogismo giuridico il termine medio dovrebbe essere considerato come il risultato di un'opera di *traduzione aperta* necessariamente orchestrata e mediata da criteri axio-telici e anche qualitativo-estetici. Se così fosse, tuttavia, l'intero edificio teorico del positivismo e dell'immaginario giuridico moderno finirebbe per perdere uno dei suoi architravi. In fondo, è esattamente nel tentativo di superare, o meglio dissimulare, questa difficoltà che l'approccio positivista si nutre della distinzione tra essere e dover-essere, tra il deontico e l'empirico, e ricorre alla formula quasi magica secondo la quale il 'diritto produce i suoi fatti'. L'insieme di queste postulazioni serve a sorreggere l'idea per cui, fintanto che è valido e formalmente efficace, il diritto è legittimato a (e coerentemente capace di – aggiungerei) plasmare il suo mondo fattuale secondo la propria prospettiva assiologico/deontica.

A mio modo di vedere, quanto sin qui tratteggiato corrisponde a un modo di approcciare il fenomeno giuridico caratterizzato da un atteggiamento difensivo e, per alcuni versi, misoneista. Una delle sue principali implicazioni – che non esiterei a definire *tragica* – risiede nella circostanza che all'interno di questa prospettiva l'autorità del diritto si è già trasformata in potere. Ma non solo. Parallelamente, la voluta cecità dei giuristi nutriti di positivismo rispetto al requisito dell'entropia semantica finisce per farli sentire legittimati da una presunta 'semantica dei fatti' che li induce impercettibilmente, ma inesorabilmente, a fondere ciò che 'deve essere' e 'ciò che è'. In breve, e per paradosso, esattamente il contrario di ciò che essi postulano come fondamento dell'autonomia del diritto e del dover-essere rispetto all'essere. La formula 'il diritto produce i suoi fatti', che altro non è se non una parafrasi della postulazione dell'assoluta auto-referenzialità dell'universo di discorso giuridico, esplicita fedelmente l'effetto finale della prospettiva appena delineata: attraverso la parte frastica delle sue enunciazioni, il diritto stabilisce non solo quel che deve essere ma anche ciò che è.

Proverò a esplicitare meglio questo punto. Come ho tentato di sottolineare sopra, le categorie e la loro struttura semantica non sono copie isomorfe della realtà. Al contrario, sono strumenti coinvolti e funzionalizzati nella produzione dell'esperienza e nel suo orientamento adattivo. Proprio per questo la loro responsabilità al mutamento delle condizioni ambientali, e quindi l'apertura alla plasticità semiotica, è da considerarsi un tratto costitutivo del loro significato autentico. Non c'è assunzione o declinazione categorica che non includa questa dialettica mezzi/fini e quindi un fattore assiologico/teleologico intrinsecamente all'opera nella costruzione della sua struttura semantica. Quando il discorso dei giuristi invoca il *diritto* del linguaggio normativo a descrivere costitutivamente i fatti, anche per quanto riguarda i loro aspetti empirici, dalla loro prospettiva nomo-centrica e autoreferenziale essi non fanno nulla di diverso da ciò che fa la gente comune quando modella le categorie del linguaggio naturale. L'effetto finale è che il diritto, pure in forza

degli effetti pratici derivanti dalla sua attuazione, finisce per imporre – come anticipavo – non solo ciò che si dovrebbe fare ma — e surrettiziamente — anche ciò che ‘è’. Senonché questo esito non è altro che la risultante di una selezione assiologicamente/teleologicamente orientata tra gli elementi del mondo fenomenico. Quegli elementi, *autorevolmente* raccolti e combinati, saranno assunti, a loro volta, come il ritratto di ‘fatti empirici’ e, come tali, assunti come la semplice (indiscutibile) evidenza su cui si può svolgere il gioco pluralistico dell’interpretazione giuridica. Lo sguardo dei giuristi avrà costruito, in questo modo, la propria versione del mondo empirico-oggettivo: lo stesso all’interno del quale essi avranno precedentemente proiettato il cono d’ombra del loro sguardo culturale, ideologico, soggettivo, rendendo invisibile ciò che, se scandagliato e lasciato emergere, potrebbe mostrare profili di meritevolezza di tutela rispetto agli stessi presupposti assiologici/teleologici del discorso normativo e del relativo sistema giuridico.

Il mondo fattuale «partigiano» indirettamente legittimato dalla massima fittizia e mistificante «il diritto produce i suoi fatti» si rivela uno strumento di dominio sociale la cui azione risulta tanto più potente quanto più esso si traveste da linguaggio puramente empirico. Qualunque dibattito (apparentemente) pluralistico su quale norma giuridica debba essere applicata ai ‘fatti chiaramente determinati’ e su quale principio si possa invocare per raggiungere una qualificazione equa della condotta delle persone risulterà perciò cognitivamente compromesso in radice. Il bilanciamento tra interpretazioni e prospettive assiologiche sarà comunque disomogeneo, se non altro perché verrà esclusa in partenza ogni discussione sui valori/fini preventivamente incapsulati nella categorizzazione di ciò che si assume come ‘fatti oggettivi’³². Visto da una prospettiva diversa, ciò significa che il contenuto del termine medio del sillogismo giudiziario sarà inteso come momento di ‘registrazione degli elementi empirici del caso/fattispecie concreta’ piuttosto che come un atto di traduzione e, quindi, come una metafora necessariamente imperniata sull’assunzione di un *ground*, di un tema metaforico, di tipo qualitativo (e, perciò, assiologicamente, teleologicamente ed esteticamente strutturato).

L’abbagliante oggettività dei fatti e la loro presunta neutralità/nitidezza epistemologica, quando assunti come parte integrante del discorso giuridico, è all’origine dell’oscurità semantica che il diritto getta, come un’ombra silenziante, sui membri più fragili, impotenti ed emarginati, della società. La resistenza dei giuristi a riconoscere l’intrinseca plasticità delle categorie e la ostentata convinzione assiomatica che valori e concetti giuridici siano ‘cose diverse e autonome’, sono le prin-

32 È sufficiente rinviare alle riflessioni di chi come Dworkin è considerato il campione dell’ermeneutica giuridica e, quindi, il portavoce di un interpretivismo giuridico che porta la sua sfida al positivismo per registrare come la questione relativa al ‘significato dei fatti’ sia considerata, tutto sommato, estranea o relativamente a-problematica rispetto alla questione della determinazione del diritto da applicare; cfr. Dworkin 1986: 11 ss. Al riguardo, per più approfondite considerazioni, rinvio ancora a Ricca, *How to undo* cit. Considerazioni ben più profonde si ritrovano, invece, nei percorsi dell’approccio ermenutico, soprattutto nella dottrina tedesca. Al riguardo, rinvio all’importante volume curato da Carlizzi e Omaggio 2016, che contiene un florilegio di estratti dalle opere di Larenz, Engisch, Radbruch, Kaufmann, Assemer, Hruschka et al. sul tema della dialettica tra norma, fatto e costruzione del ‘fatto’.

cipali armi retoriche messe in campo per immunizzare le concezioni misoneistiche e autorevoli del diritto da una critica aperta contro le osservazioni critiche sopra formulate. In molti casi, i giuristi di formazione positivista sembrano non riuscire a realizzare (o, più plausibilmente, si limitano a fingere di non riuscirci) che l'indeterminatezza non è una caratteristica intrinseca del linguaggio (e quindi anche del linguaggio giuridico), né la conseguenza di una carenza informativa degli interpreti e dei soggetti deputati all'applicazione del diritto. E, in effetti, con riguardo all'incapacità dei legislatori di cogliere e prevedere tutte le possibili situazioni destinate a cadere sotto la lente del diritto, i positivisti si limitano a osservare che si tratta solo di un fenomeno marginale. Essi, piuttosto, invitano a considerare che, nel complesso, il linguaggio giuridico è chiaro e facilmente applicabile attraverso schemi di referenzialità ben funzionanti. Così, proprio per stigmatizzare e marginalizzare quella che essi definiscono 'l'imprecisione del linguaggio', fanno uso di formule come 'polisemia', 'tessitura linguistica aperta' (Hart) e altre consimili; al tempo stesso, definiscono le situazioni corrispondenti come eccezioni sistemiche che non possono essere affrontate altrimenti se non dando ai giudici o ai funzionari il potere di decidere autonomamente cosa è la legge per il caso. Nel distinguere tra 'casi facili' e 'casi difficili' proprio con riferimento alla trama semantica delle norme giuridiche, gli stessi positivisti postulano una sorta di distinzione ontologica tra le situazioni da giudicare che semplicemente non esiste. Viceversa, se qualcosa è 'facile' o 'difficile' da classificare e quindi da qualificare giuridicamente dipende dal contesto semiotico in cui è inserita l'azione delle persone. Nulla significa in sé e per sé, inteso cioè come un elemento colto solo in base alle sue caratteristiche morfologiche e nella sua esistenza solipsistica e irrelata. Il significato *procede* per relazioni. Qualsiasi termine o dato può intraprendere una migrazione categoriale a seconda della situazione e dei fattori assiologico/teleologici che ne tracciano i confini semantici. Gli stessi fattori che, in molti casi, producono lo spostamento metaforico dell'elemento coinvolto nella situazione in esame e, in tal modo, finiscono per rimodellare l'ambito delle categorie corrispondenti. Ciò che determina l'aspetturalità³³ 'facile' o 'difficile' del caso concreto deriva dalle reti semiotiche sottostanti alle apparenze morfologiche del comportamento delle persone. Ed è proprio attraverso un'attenta analisi di queste reti semio-narrative e della loro rilevanza nella determinazione di quali 'fatti' sono in gioco che si potrebbe provare a gestire il carico di ingiustizia e discriminazione che germoglia all'ombra della abbagliante nitidezza delle parole giuridiche; o, almeno, provare a relativizzarlo.

Ma qual è esattamente l'utilità di estrarre e portare in superficie gli strati semio-narrativi sottesi sia alla produzione di categorie sia ai tratti morfologici che la mente umana sovrappone ai flussi esperienziali fenomenici in modo da ritagliare e perimetrare situazioni/contesti? Perché tale attività dovrebbe essere di supporto nel

33 La parola 'aspetturalità' può essere ricondotta al termine 'respect' che Peirce utilizza per significare il carattere specioso, selettivo, effetto di un trascoglimento, che caratterizza il pensare stesso all'oggetto della conoscenza come 'segno'. Per un'indagine sull'aspetturalità, colta con specifico riferimento alla dimensione temporale, cfr. il numero speciale di LEXIA, 27-28, 2017, intitolato 'Aspetturalità/Aspectuality' e curato da Massimo Leone.

diradare le ombre silenziose che il dire giuridico getta oscuramente di là dalle sue parole e categorizzazioni rivestite della propria (presupposta) autorità? La risposta a queste domande è che rendere visibili i fondali semiotici ed esperienziali dai quali prendono forma le caratteristiche morfologiche delle cose e dei fenomeni consente all'osservatore di riaprire il processo di categorizzazione. Ciò non significa affatto che le categorie preesistenti (o precedentemente note) siano da scartare. Piuttosto, il loro re-incorporamento nella trama profonda dei paesaggi semiotici da cui sono state estratte può mostrare le continuità esistenti tra ciò che è all'interno dei confini categoriali e ciò che è fuori – in altre parole, l'eccedenza semiotica/semantica inerente alle parti frastiche degli enunciati normativi (che possono essere anche quelli utilizzati per 'nominare' i comportamenti consuetudinari) e delle relative categorie. Tali continuità possono svolgere una funzione assai rilevante nell'affrontare in modo critico e rinnovatore l'uso delle categorie passate, se non altro perché possono aprire la strada a rimodellazioni metaforiche tra quel che è 'dentro' i perimetri categoriali e il corrispondente 'fuori'. Rimodellazioni che, a loro volta, potranno veicolare l'emersione di una dimensione di terzietà, vale a dire rinnovati contorni categoriali in grado di includere ciò che era stato precedentemente lasciato fuori dallo spettro semantico di ogni categoria. Se uniamo gli aspetti cognitivi di questo rimodellamento categoriale e quelli sociali, non sarà difficile osservare che tale rinnovamento potrebbe fornire un modo per dare voce alle istanze tacitate di soggetti minoritari ed emarginati, e cioè a sventare le strategie di potere che occultano le implicazioni relazionali e le aperture inerenti agli *abiti*, ai paesaggi semiotici, soggiacenti all'ombra della struttura simbolica e 'visibile' delle categorie.

Da un punto di vista giuridico, più specificamente, la 'scoperta' di continuità semiotiche tra il 'dentro' e il 'fuori' categoriale – come risultato dell'emergere di paesaggi semio-narrativi impliciti – potrebbe consentire di sfruttare la rilevanza concorrente di profili dell'esperienza sociale precedentemente oscurati rispetto ai valori/fini inclusi negli stessi ordinamenti giuridici. Del resto, alcuni di questi valori/fini corrispondono agli assi di legittimazione di quei sistemi, quindi sono contemporaneamente 'interni' ed 'esterni' al discorso giuridico/normativo. Ciò implica che quando nuovi tracciati dotati di rilevanza axio-telica divengono *visibili* in virtù dell'emersione di impliciti paesaggi semio-narrativi, contemporaneamente potrà prendere forma un circuito semiotico in grado di gettare un ponte tra nuove articolazioni dei fatti e i valori/fini fondanti del complessivo tessuto giuridico istituzionalizzato. Tale circolarità potrà indurre, a sua volta, la delegittimazione simultaneamente assiologica e cognitiva delle preesistenti categorizzazioni effettuate dai giuristi e 'restituite' come corrispondenti al presunto 'chiaro contenuto' dei concetti giuridici. Un contenuto la cui 'chiarezza' è, invece, solitamente spacciata come effetto dell'originario (anche se immaginario) contratto sociale semantico sottoscritto dagli individui 'aspiranti soggetti di diritto' al momento della nascita dell'ordinamento giuridico istituzionalizzato (o, quantomeno, quando, in sintonia con la cornice costituzionale, i legislatori 'hanno di volta in volta pensato' il contenuto semantico delle norme giuridiche da essi emanate).

La circolarità del coinvolgimento nel processo ermeneutico dei valori/fini fondanti degli ordinamenti giuridici, unitamente al loro 'stare tra' l'interno e l'esterno del

linguaggio normativo, genera una sorta di continuità semiotica tra il rinnovamento incessante e teleologicamente guidato delle categorizzazioni a livello fattuale-cognitivo e la modellazione delle categorizzazioni fattuali dal punto di vista del diritto. In questo senso, va rimarcata una tesi diffusa ma, a mio giudizio, infondata secondo cui esisterebbe una distinzione ontologica tra valori morali/etici ed estetici, da una parte, e valori cognitivi, dall'altra³⁴. Il processo complessivo equivale, piuttosto, a una elaborazione aperta e polivocale dei significati del mondo rispetto alla quale il diritto è da intendersi come mezzo per pianificare e realizzare la sua stessa futura 'efficacia'. Il percorso operativo appena delineato richiede, tuttavia, un cambiamento nell'approccio epistemico alla funzione del diritto e al suo stesso significato. A tal scopo, lo sguardo dei giuristi dovrebbe relativizzare la propria tendenza a focalizzarsi sulla (e magari essere ossessionati dalla) ricerca della legittimazione come qualcosa che giace nel passato e concentrarsi, invece, sulla dialettica semantica insita nella proiezione del diritto verso il futuro insieme all'accettazione implicita della sua imprevedibilità. Il significato così come l'autenticità degli enunciati normativi germinano e si librano sul confine dove parole ed esperienza, passato e futuro, funzione predittiva e adattiva delle categorizzazioni si compenetrano reciprocamente. Solo dall'alto di questo crinale, che rinnova continuamente il proprio profilo, il passato/originario significato del diritto può essere genuinamente e retrospettivamente accertato. In questo senso, il 'passato semantico' è comunque un'implicazione del futuro.

D'altra parte, solo un'apertura cognitiva come quella appena descritta potrebbe disinnescare un uso ideologico e dominante della categorizzazione, così come il pericolo di de-categorizzazioni silenziose e surrettizie dei soggetti sociali marginali che essa porta con sé – in conformità del motto di Spinoza, per cui, *omnis determinatio est negatio*. Inoltre, la suddetta apertura cognitiva richiederebbe anche la relativizzazione della dicotomia essere/dover-essere. Ciò non significa – giusto per evitare equivoci – che l'importanza pratica di questa distinzione debba essere *liquidata* quanto piuttosto che essa possa essere ridotta nella sua portata. Più specificamente, la dicotomia essere/dover-essere potrebbe essere intesa e impiegata come criterio euristico e/o pragmatico pertinente alle singole situazioni invece di essere assunta come presupposto ontologico; e, soprattutto, andrebbe invocata solo in condizioni di relativa stabilità socio-semantica. Al contrario, esigere e perorare la sua assoluta validità anche quando la mente umana – intesa come coincidente con l'intera intrapresa culturale – si trova a dover affrontare la sfida di mutevoli condizioni ambientali e sociali potrebbe finire per convertire la sua 'intrinseca saggezza pragmatica' in una cortina fumogena mistificante e ottundente, come tale pericolosamente e talvolta cinicamente destinata a travolgere e soffocare ogni critica e interpretazione pluralistica dei fatti e dei valori pre-incapsulati nella loro assunzione all'interno del discorso giuridico.

Da un punto di vista operativo e tecnico, il diverso approccio appena proposto dovrebbe essere inquadrato all'interno della fase in cui il termine medio del sillogi-

34 Si veda, al riguardo, il confronto dialettico a distanza tra Mackie 1977 e Putnam 1992; Putnam 1994: 151 ss.. Cfr. anche i riferimenti a Peirce rinvenibili in Kevelson 1993 e Dewey 1931.

simo giuridico o giudiziario sta per essere configurato. Ribadisco, l'effetto di apertura ermeneutica e cognitiva che il modo di procedere appena tratteggiato recherebbe con sé potrebbe essere ulteriormente potenziato quando la qualificazione giuridica dei fatti fosse consapevolmente intesa come un'attività di traduzione o, meglio, come trasduzione metaforica tra molteplici universi di discorso interrelati e che si interpenetrano. Questo perché solo lo specifico atteggiamento trasformativo della trasposizione metaforica può aprire le porte del ragionamento giuridico a una considerazione equilibrata di entrambi i seguenti elementi:

a) la coimplicazione tra fatti e valori nella determinazione dei contesti da cui germinano le categorizzazioni (come riferimento può assumersi, sia lo schematismo trascendentale kantiano, sia la faneroscopia peirceana; in minor misura, la sintesi passiva husserliana, da considerarsi semmai solo attraverso lo spettro della rielaborazione operata da Merleau-Ponty);

b) la rilevanza di quella coimplicazione per una comprensione aperta e pluralisticamente responsiva delle categorie e dell'attitudine al cambiamento (vale a dire, la plasticità semantica) inerente alla loro 'autentica' e 'originaria' funzione adattiva.

Quanto presentato in questo paragrafo a proposito del rapporto tra categorie, discorso ed esperienza giuridica potrebbe agevolare, a mio giudizio, una lettura del fenomeno consuetudinario e dell'immanenza in esso di 'fatto' e 'diritto' in grado di liberarne la lettura dalle ambiguità e dai paralogismi derivanti dall'assunzione implicita di alcuni schemi propri del pensiero gius-positivista. Ambiguità e paralogismi che, peraltro, spero di riuscire a porre ulteriormente in evidenza nei prossimi paragrafi.

5. Quarto inizio/percorso. In dialogo con la teoria della consuetudine come 'fatto normativo'

La consuetudine non sgorga da un atto normativo, non è una fonte attizia. Su questo dato sembrerebbe esserci consenso unanime. Se la consuetudine non è un atto normativo, dunque cos'è? Applicando una strategia di categorizzazione di tipo dialettico, che somiglia un po' a una sorta di deduzione *a contrario*, molti concordano nel considerare la consuetudine un 'fatto normativo'. Ai miei occhi, l'espressione appena riportata tra gli apici evoca però un ossimoro – fenomeno che peraltro si verifica frequentemente quando le categorizzazioni derivano da deduzioni negative o dialettiche. Bobbio, almeno nella tradizione di *civil law*, ha contribuito in modo influente alla caratterizzazione della consuetudine come 'fatto normativo'. Un confronto con la sua posizione può dunque essere utile a evidenziare le implicazioni della visione della consuetudine come *cognitudine*.

A giudizio di Bobbio, la consuetudine non deve la sua qualifica di normatività ad alcuna manifestazione di volontà attizia/intenzionale. Ciò va inteso nel senso che, sempre secondo questo autore, la consuetudine si origina da un fenomeno sociale che può essere considerato come 'fatto non volontario'. Essa si pone, cioè, come regola di condotta semplicemente in forza della circostanza che il suo essere rispettata e iterata 'avviene socialmente'. Non è necessario alcun altro fattore qualificante perché, in quanto consuetudine, essa 'sia dotata di normatività'. Al

riguardo, Bobbio osserva ancora che “considerato il diritto consuetudinario come un fatto normativo, si è implicitamente risposto alla domanda che sta alla base di ogni discussione e costituisce il punto di scissione delle varie dottrine, da Georg Friedrich Puchta in poi: se la consuetudine abbia valore costitutivo o meramente ricognitivo, vale a dire se la ripetizione degli atti che costituiscono nel suo complesso la consuetudine, l'*usus* nel senso tradizionale, crei essa stessa la nuova norma giuridica o semplicemente sia rivelatrice di una norma giuridica preesistente. La tesi sin qui sostenuta non lascia dubbi sul valore costitutivo della consuetudine”³⁵. In questo senso, può affermarsi dunque – continua l'autore – che “il diritto consuetudinario è un fatto normativo, e come fatto vale in quanto si fa: in esso validità ed efficacia coincidono. Non vi è un fondamento al di fuori della consuetudine, nel suo stesso farsi; la sua ragion d'essere sta nell'osservanza che la costituisce e la mantiene in vita”³⁶.

Saliente – a mio modo di vedere – nella posizione di Bobbio è la tendenza a desoggettivizzare il ‘fatto’, cioè il comportamento reiterato che costituisce – come si è detto – certamente un elemento, anche se non il solo, della consuetudine. Questa oggettivazione del fatto sembrerebbe il contraltare della sopravvalutazione della performatività del giudizio di giuridicità espresso sul ricorrere del ‘fatto’. Provo a esplicitare meglio. Nella visione di Bobbio, come di molti altri giuristi impegnati nell'analisi della consuetudine, fatto e diritto rimangono due elementi distinti. Analogamente al conio-madre di tutti i dualismi moderni, la scissione soggetto/oggetto sembrerebbe pervadere ogni tentativo di analizzare o scomporre il fenomeno consuetudinario. Senonché non esiste un fatto indipendente dal soggetto; ancor meno un fatto umano, cioè imputabile all'agire di un individuo. Il concetto stesso di involontarietà – e non è certo questo il caso dei comportamenti/fatti coinvolti nella consuetudine – non esclude la soggettività, la partecipazione proattiva del soggetto all'azione che sostanzia il comportamento. Nel distinguere tra fatto e opinione circa la giuridicità del ripetersi dei comportamenti si istituisce una scissione tra essere e dover-essere che semplicemente non ha senso. Ispirandosi a Vico, potrebbe dirsi che essa non è applicabile all'azione umana se non retrospettivamente e, anche così (questo è il punto difeso da Vico), in modo improprio³⁷. Sottrarre la dimensione soggettiva dai fatti umani – sulla base di quanto osservato a proposito della categorizzazione – significa solo due cose: a) sovrapporre la soggettività dell'osservatore nel definire l'*oggettività* storica, sostituendo quindi il nostro punto di vista a quello degli attori storici; b) trascurare un aspetto cruciale dell'azione umana nella misura in cui la si estrapola dal contesto semiotico/immaginario nel quale essa si struttura nelle sue componenti, la forma o profilo morfologico delle quali è inscindibile dalla prospezione teleologico/assiologica, cioè adattiva.

A mio modo di vedere, l'unico modo per far salva l'idea di Bobbio, per il quale la consuetudine è un fatto che trova ‘la sua ragion d'essere nella sua osservanza

35 Bobbio 2010: 39.

36 Bobbio 2010: 48.

37 Cfr. Danesi, 2012: 95 ss.; Heritier 2020: 1125 ss.

che la costituisce e mantiene in vita', è sdoppiare il momento soggettivo relativo all'adozione del comportamento (che per Bobbio può essere anche involontario purché si ripeta) da un altro momento soggettivo, quello della valutazione di giuridicità e/o obbligatorietà. Senonché, con questa mossa, la tesi in esame si colloca all'interno di un più vasto campo problematico concernente la sopravvalutazione della performatività/autoreferenzialità della qualificazione giuridica di ciò che è *fatto*. Fingendo che alle spalle di tutti questi discorsi non vi siano gli assiomi indimostrati del positivismo, e cioè la coincidenza tra istituzione e diritto, e nemmeno il fondazionalismo *a-priori* di matrice neo-kantiana di Kelsen, potrebbe dirsi che la performatività propria del giudizio di giuridicità circa la consuetudine derivi da un 'potere o competenza a dire cosa è diritto' incardinata in capo ad alcuni soggetti – specificamente i soggetti istituzionali. A ben vedere, però, questi soggetti altri non sono che gli stessi impegnati a iterare i comportamenti costitutivi la consuetudine, dunque la sua dimensione di fatto. Com'è possibile, dunque, che lo stesso soggetto sia parte del fatto e parte del giudizio sul fatto rimanendo scisso dentro di sé? Qual è la plausibilità di questo sdoppiamento? Io credo che al fondo di esso vi siano assunti adottati in modo non del tutto consapevole. Direi che a operare è la *consueta* epistemologia moderna e lo sguardo epistemico che distingue l'essere dal dover-essere, la dimensione socio-fattuale da quella *dichiarativa-costitutiva*, e appunto performativa. Senonché la performatività di una dichiarazione 'esterna' sulla giuridicità rispetto alla pratica consuetudinaria e ai suoi attori non può essere considerata come integralmente costitutiva alla stessa stregua di un atto normativo di fonte attizia. In questo secondo caso, la giuridicità del fatto – secondo la vulgata positivista – è integralmente e costitutivamente determinata dal diritto formale, cioè dal dire giuridico dell'istituzione investita dalle fonti sulla produzione del potere di generare, a sua volta, fonti di produzione del diritto. Quale sia poi il fondamento del diritto formale, cioè cosa legittimi il diritto formale a qualificare giuridicamente i fatti, costituisce il tratto di 'occultismo' del positivismo. Un occultismo tristemente spacciato per nitore epistemologico, del resto come è proprio di tutti gli apriorismi. Nel caso della consuetudine, viceversa, la giuridicità, che si confonde con la meritevolezza di tutela, non può essere formalisticamente e del tutto eteronomamente considerata come una produzione performativa dell'ordinamento. Diversamente, la consuetudine risulterebbe svuotata di giuridicità intrinseca. Alla fin fine – per intendersi – è esattamente questo il 'non-detto' che si cela nell'affermazione (di Bobbio) per cui validità ed efficacia coinciderebbero, cioè si confonderebbero con l'iterarsi del comportamento consuetudinario.

In effetti, l'osservanza non può essere ridotta a mero fatto oggettivo o, se non altro, osservabile da un ipotetico occhio esterno incaricato di operarne costitutivamente la sua qualificazione giuridica. Chi registra il 'fatto' dell'osservanza non vede un mero accadere senza attore umano, cioè senza intenzionalità, e che si auto-riproduce. Per capire la consuetudine – in questo, pure assumendo un atteggiamento analitico, non si può non concordare con MacCormick³⁸ – bisogna necessaria-

mente considerare la disposizione psicologica di chi decide di prestare osservanza e una motivazione soggiacente a questo atteggiamento intenzionale. Il soggetto creatore della consuetudine e la consuetudine che si pone come fonte di obblighi fanno parte dello stesso mondo e si interpenetrano riflessivamente a vicenda. I due lati del fenomeno consuetudine possono essere separati solo euristicamente. Nell'esperienza, tuttavia, essi agiscono co-costituendosi l'un l'altro.

Il nesso di cogenerazione tra soggettività e comportamento nella fenomenica della consuetudine, dal mio punto vista, è da intendersi *in senso forte*. L'*opinio iuris* ha la stessa matrice dell'*osservanza/adozione* del comportamento coincidente con la consuetudine. Questa matrice è la *suetudo*, cioè l'essere *adatto a* ' , in questo caso al soggetto'; e, quindi, attraverso un processo di universalizzazione e transazione sociale, essa include il *cum*, la convergenza intersoggettiva, ulteriormente suscettibile di assurgere alla qualifica di *necessità* (*opinio necessitatis*). La 'suetudine', tuttavia, non può essere pensata altrimenti se non come una relazione dinamica. Soggetto, comportamento e condizioni ambientali al contorno sono fusi nella *consue-tudo*. Essi permangono e cambiano – con specifico riferimento alla *desuetudo* – insieme. Così, la desuetudine non è il frutto del mutamento di opinione soggettiva elaborato dall'esterno rispetto al comportamento di fatto e al fatto storico-sociale del suo essersi iterato nel tempo passato. La *de-suetudo* è il frutto di una relazione *dinamica* tra *fatto e valore*, dove il fatto include anche il soggetto che è mutato per effetto dei cambiamenti ambientali che sorreggevano la situazione di *suetudine*—in inglese si direbbe di *suitability* – del comportamento iterato consuetudinarmente rispetto alla relazione soggetto/ambiente. In altre parole, la consuetudine non è un oggetto da osservare dalla sponda soggettiva quanto piuttosto il *medium* di una relazione continuata, che non conosce una cesura netta nel momento in cui assurge allo stadio della 'giuridicità'³⁹. Ed è appunto questa relazione che tiene insieme l'avvicinarsi di *consuetudo* e *desuetudo* all'interno di un *continuum*. In tal senso bisognerebbe tentare di considerare la giuridicità della consuetudine senza applicare a essa gli schemi adottati ordinariamente per configurare la giuridicità del diritto 'attizio', cioè della legge emanata dall'autorità – che è poi ciò che fa anche Bobbio a dispetto dell'esplicito *caveat* circa la non utilizzabilità con riguardo alla consuetudine dell'approccio alla giuridicità relativo al diritto di matrice legislativa.

Come già osservato, la giuridicità formale della legge, e di tutto il diritto così come concepito dal positivismo, è immaginata come un fenomeno che ha origine in una sorta di 'frattura' del tempo, tradizionalmente identificato nella conclusione del contratto sociale o nell'istituzionalizzazione dei fenomeni di 'giuridicità diffusa'. Una frattura che – in quella visione – costituisce anche il momento costitutivo del fenomeno 'diritto' e corrisponde, di seguito, all'emanazione dell'atto, alla esternazione della volontà normatrice del soggetto legiferante o, più in generale, istituzionalmente definito competente a dettare norme di condotta. Proiettare questo schema genetico sulla consuetudine, tuttavia, trasfigura l'oggetto della catego-

39 ...la medesima cesura che il positivismo pone tra la fase pre-istituzionale e quella dell'istituzionalizzazione dell'esperienza sociale generatrice della giuridicità.

rizzazione, ignorandone un aspetto centrale. Nella consuetudine – ripeto – non c'è diffrazione tra chi ne genera la giuridicità e chi deve adeguarsi a essa. L'autore della consuetudine è anche il soggetto chiamato a osservarla, e viceversa. La qualifica di 'soggetto giuridico', rispetto alla consuetudine, è sempre bivalente. Il termine 'soggetto' è, cioè, da interpretare sia in senso attivo, sia in senso passivo. L'alterità presente nella relazione autorità-soggetto di diritto, così come presente nella legge, non può essere trasferita sulla genetica e sulla dinamica consuetudinaria. Non c'è nessuna autorità che *detti* costitutivamente la consuetudine. Allo stesso modo, non c'è nessuna autorità che sancisca la *desuetudine* o abroghi la consuetudine precedente in modo tacito per mezzo della costituzione di una nuova consuetudine. A ritmare il mutamento, senza far precipitare tutto nel caos, è appunto la *suetudo*: vale a dire la relazione di adeguatezza tra standard normativo e ambiente sociale (del quale anche gli esseri umani fanno parte).

La riflessione sulla consuetudine è oggi rilevante perché i mutamenti delle condizioni al contorno relative agli ordinamenti statali sono molto profondi. E lo sono a tal punto da mettere in crisi l'idea che il diritto (formale) si basi su una cesura nell'esperienza sociale, sull'emersione da essa di un momento istituzionale inteso come frattura temporale rispetto alla dinamica della società; la stessa dinamica che dovrebbe rendere – in tesi – l'impianto complessivo dell'ordinamento indipendente dalla *suetudo* dei suoi contenuti; o, quantomeno, sufficientemente stabilizzato da far sì che la *suetudo* possa essere data per acquisita (talora come un *fatto convenzionale*).

Nella tradizione dogmatico-analitica, si distingue la consuetudine dalla legge formale asserendo che: a) la legge è valida anche quando ineffettiva o, semplicemente, violata; b) la consuetudine è valida solo se effettiva, poiché la validità della consuetudine coincide con la sua osservanza⁴⁰. Mi chiedo se questa distinzione sia corretta e, soprattutto, se non costituisca un'astrazione tratta dalla fenomenica – per dir così – più superficiale relativa, rispettivamente, alla legge e alla consuetudine. L'effettività di una fonte normativa non è un mero dato sociale e storico. Essa non si verifica allo stesso modo in cui cade una pietra verso terra. È invece sempre mediata da un giudizio assiologico, che a sua volta sta alla base della causalità deontica, cioè dell'obbligatorietà. Quel giudizio assiologico è appunto sintetizzabile nella *suetudo*. Un elemento, questo, che attraverso la *de-suetudo* tende a spostarsi da un modello di comportamento a un altro, anche quando il secondo fosse categorizzato in termini solo negativi, cioè come non-osservanza del primo. In altre parole, l'effettività o l'ineffettività (anche quando le si volesse – per la consuetudine – far coincidere con l'efficacia) sono un effetto, non la ragion d'essere del permanere o del venir meno della consuetudine. Anche se ciò non significa – come precisato sopra – che l'iterarsi o meno del comportamento coincida con l'aspetto empirico dell'esistenza di una norma: norma e comportamento, abito e proiezioni assiologico/teleologiche sul mondo e sulla sua dinamica empirica – ribadisco – sono due facce della stessa medaglia. L'ordine di senso corrispondente alla consuetudine e generato dall'*abito* deriva da un trascoglimento tra le relazioni che costituiscono

40 Sostanzialmente così Bobbio. Per un confronto con il presente, cfr. Hage 2022.

l'esperienza che è immanente alla condotta; inoltre, rispetto all'*abito* la condotta materiale è un solo un *medium*.

D'altro canto, la distinzione tra validità formale ed efficacia delle fonti giuridiche attizie rimane plausibile solo finché il contratto sociale semantico che si affianca al contratto sociale politico (cfr. *supra*) rimane relativamente stabile. Di fronte a un cambiamento sociale profondo, i valori/fini di legittimazione dell'intero ordinamento vanno necessariamente incontro a, e generano, processi di auto-trasformazione semantica: un'autotrasformazione che è coestensiva all'entropia intrinseca alla proiezione temporale del dire giuridico e della categorizzazione in generale. Per quanto formalizzati nei testi costituzionali o, comunque, fondativi dell'ordinamento giuridico, quei fini/valori non possono essere dissociati dal tessuto sociale dal quale il processo costituzionale li ha tratti, facendoli propri, e nemmeno dalle dinamiche di significato che si dispiegano attraverso il tempo. Tuttavia, l'idea che la costituzione congeli l'assetto sociale nel momento della sua emanazione, ossificandolo nei suoi contenuti di base, nasconde una premessa non del tutto plausibile: e cioè che il significato delle norme possa essere 'ridotto' o 'costretto' in una struttura semantica statica, in grado di immunizzarsi dal procedere dell'esperienza. Una simile visione riduce l'ordinamento giuridico alla condizione di un 'già stato semantico', una sorta di fenomeno esausto, da studiare con atteggiamento quasi autoptico. La funzione del diritto e di chi studia il diritto, tuttavia, non è fotografare uno *status quo* semantico, quanto piuttosto fornire gli strumenti per realizzare ciò che, in termini culturali, si ritiene 'debba essere socialmente'. L'ordinamento costituzionale formale fa propri i valori/fini sociali per realizzarli, proiettandoli come un progetto verso il futuro (direbbe Calamandrei)⁴¹, non solo per iterarne una presunta già esistente effettività, attualità o già avvenuta attuazione. L'idea propria del c.d. originalismo, per cui i significati costituzionali dovrebbero essere intesi come corrispondenti a quelli attribuiti dai fondatori al momento della emanazione della costituzione nello specchio della società del tempo, paradossalmente, frustra qualsiasi esigenza di autenticità connessa alla struttura categoriale del linguaggio. Ancora una volta, la prospezione verso il futuro, per l'adattamento, è intrinseca a qualsiasi espressione categoriale e, ancor più, a qualsiasi espressione assiologica o deontica. Come già osservato, il 'dover essere' abita (se non altro 'anche') il futuro, non solo il passato da quale proviene la sua iniziale determinazione. Diversamente, esso non avrebbe senso perché oscillerebbe tra due alternative: a) la coincidenza con ciò che è attualmente, quindi una sua ridondante, tautologica riaffermazione; e/o b) il tentativo di mutare ciò che non è più modificabile. Il senso del dire deontico o giuridico non può consistere, per ragioni ancora una volta di entropia semantica ed esperienziale, nella pedissequa ripetizione, nel futuro, di ciò che già è. E questo perché, come evidenziato in precedenza a proposito della categorizzazione in generale, l'io che dovrà attenersi all'imperativo espresso oggi,

41 Calamandrei 1955 : 'la nostra costituzione è in parte una realtà, ma soltanto in parte è una realtà. In parte è ancora un programma, un ideale, una speranza, un impegno di un lavoro da compiere'.

o realizzare il valore elaborato nell'adesso, non sarà lo stesso di quello contemporaneo alla generazione dell'imperativo o del valore. Tra l'altro, quell'io non sarà lo stesso non solo in senso formale/temporale ma anche sostanziale, poiché esso sarà comunque il frutto del dipanarsi imprevedibile delle sue relazioni con l'ambiente, con il contesto. Un ambiente e un contesto che la costituzione deve presupporre e non ha assolutamente il potere di mantenere inalterato, soprattutto nelle sue coordinate di significato. Del resto, anche il permanere materiale di qualcosa produce nuove relazioni semantiche con l'ambiente.

Giusto per avvalersi di un'analogia, il mantenimento di un odore con il tempo genera l'annichilamento percettivo e, quindi, modifica il significato dell'odore stesso. È per questo che la ripetizione volontaria, così come l'iterazione, non sono mai immuni dalla dinamica del significato⁴². Non ci si può bagnare mai due volte nella stessa acqua non solo perché l'acqua scorre di continuo e non è mai la stessa ma anche perché nel bagnarsi la prima volta il soggetto che si bagna è mutato e, ancora, perché l'acqua che quel soggetto sperimenterà al seconda volta non potrebbe essere la stessa di prima anche quando apparentemente lo fosse, anche quando 'stagnasse', se non altro perché modificata, a sua volta, dall'aver bagnato il soggetto.

La *suetudo* dei valori/fini costituzionali contiene intrinsecamente un andamento dinamico. Per questa ragione, all'interno di esso, non è possibile distinguere nettamente tra validità ed effettività. Del resto, questo aspetto è rinvenibile in un fenomeno che attraversa anche l'esperienza del diritto positivo attizio. Mi riferisco all'inconstituzionalità sopravvenuta delle leggi. Per quanto si provi a fornire una lettura in chiave formalistico-positivistica di questo fenomeno, esso ha come motore l'andamento adattivo e, quindi, *con-suetudi-nario* dei significati costituzionali e specificamente dei valori/fini dalla cui dialettica di realizzazione essi si generano. La statica-analitica della semantica costituzionale di tipo dogmatico, la stessa che distingue nettamente tra validità ed effettività/efficacia, non sembra in grado di spiegare in profondità il fenomeno dell'inconstituzionalità sopravvenuta, né quello dell'inconstituzionalità parziale delle norme. Il suo annidarsi nella fenomenica istituzionale e giuspositiva del *diritto in atto* rappresenta una sorta di auto-riferimento paradossale che demolisce ogni pretesa lettura gerarchico-assiomatrica e misonista (nel senso prima indicato) del legittimo dispiegarsi dell'ordinamento e, quindi, della fenomenologia del diritto in sé.

Tornando al punto d'attacco di questo paragrafo e dell'intero contributo, è esattamente il sopravvenire di mutamenti nelle condizioni di fatto che accompagnano l'attuazione delle norme costituzionali e legislative a sollecitare, oggi, un rinnovato interesse per la dimensione consuetudinaria dell'esperienza giuridica, per la *suetudo* intrinseca al diritto, per l'elemento di *cognitudo* inerente alla *con-suetudo*. L'inconstituzionalità sopravvenuta mette in crisi la scansione diritto positivo/diritto consuetudinario costruita sulla differenziata categorizzazione del rapporto tra validità ed effettività/efficacia in ciascuna delle rispettive fonti. Quando una legge diventa incostituzionale, ciò significa che la cesura semantico-temporale immaginata dal

42 Il riferimento è, qui, ancora una volta ai testi citati di Kirkegaard 2012 e Deleuze 1997.

positivismo come momento genetico del fenomeno giuridico si imbatte in una negazione che essa stessa auto-produce. Qualcosa che il diritto formale – secondo le letture positiviste – *vorrebbe* porre al di fuori dell'*enclave* autoreferenziale che esso (presuntivamente) intende istituire, e che invece si manifesta (*anche*) all'interno di essa, scuotendola dalle fondamenta. Al riguardo – non dubito – si potrà affermare che l'incostituzionalità sopravvenuta delle leggi derivi dal mutamento complessivo del contesto normativo rispetto al quale i valori costituzionali permangono nella loro stabilità, sia formale, sia semantica. E, tuttavia – va osservato – il mutamento del contesto normativo non è indipendente dal mondo extra-normativo; nonostante tutto, esso finisce per incunearsi nella cornice semantico/deontica che, si suppone, la costituzione abbia fissato in modo istantaneo e stabile nel momento della sua emanazione. Insomma, se il contesto extra-normativo è potuto cambiare, ingenerando l'inconstituzionalità di una norma rispetto alla costituzione, è perché i significati della costituzione sono cambiati anch'essi, perché sono mutate le loro implicazioni esperienziali ed ecologiche – per dir così – rispetto alla rete dei significati normativi olisticamente e relazionalmente considerati.

La conclusione che emerge dalle considerazioni adesso proposte è che – contrariamente a tutto ciò che l'imperante approccio positivista sembrerebbe impegnato a far credere – la consuetudine non è un caso speciale, un'eccezione rispetto al diritto positivo di matrice istituzionale, inteso come diritto per eccellenza, come paradigma prototipico. Al contrario, se visto in una prospezione dinamica – a mio giudizio, l'unica applicabile al diritto – è il diritto positivo e la cesura semantica immaginata – dall'approccio positivista, imperativista e formalista – come origine della giuridicità a costituire un'eccezione, una contingenza, una semi-cadenza (per parafrasare Peirce) nel flusso dell'esperienza giuridica e del dispiegarsi della storia sociale.

Per l'insieme delle ragioni esposte fin qui, la definizione crisafulliana di legge come 'atto istantaneo con effetti permanenti'⁴³ non può applicarsi alla consuetudine o al momento in cui la pratica consuetudinaria si stabilizzerebbe divenendo 'diritto eteronomamente/oggettivamente' vincolante per tutti. Eppure, nonostante il riconoscimento e persino i moniti circa l'impossibilità di applicare alla consuetudine gli stessi criteri di concettualizzazione riguardanti le fonti attizie, gran parte degli studiosi sembrano pensare alla regola consuetudinaria come un precetto che 'diventa' giuridico in un preciso momento del tempo e, nel far questo, si differenzia dal processo che ha prodotto la sua 'giuridificazione'.⁴⁴ Personalmente, ritengo che questa dicotomia tra regola e processo di formazione del diritto sia la fonte di tutti i paradossi che la dottrina contemporanea ravvisa nel confrontarsi con la nozione, più o meno tradizionale, di consuetudine. Tuttavia, quei paradossi nascono semplicemente perché si tenta di comprendere un fenomeno assimilandolo a un altro, e cioè ponendo l'esperienza giuridica sotto la lente paradigmatica della forma, la dinamica di formazione e continua riproduzione del 'giuridico'

43 Crisafulli 1959: 258-259.

44 Anche su questo profilo, nonostante il differente punto di vista, rinvio alle interessanti considerazioni proposte da Canale 2008: 133-135.

nello spettro della regola giuridica intesa nella sua staticità. E ancora, tale assimilazione mi sembra fonte di paradossi semplicemente perché chi si avventura nel darle seguito tenta di mettere insieme ciò che precedentemente egli stesso, o chi per lui, ha diviso; e tutto senza rimettere in discussione quella stessa distinzione, senza analizzare i suoi fini, senza criticarne i mezzi. Nonostante molte osservazioni interessanti fornite da chi anche più di recente si è occupato di consuetudine⁴⁵, alla fine quasi tutti finiscono per ripiegare sulle tesi tradizionali, ben sintetizzate dalla seguente affermazione: “Da questo punto di vista, anche la norma giuridica consuetudinaria, come qualsiasi altra, costituisce una ragione d’azione esclusiva, valendo anche per essa il principio secondo cui, accettata la norma, ogni ulteriore ragione a favore e contro il corso d’azione da essa prescritto è irrilevante. La consuetudine giuridica pare cioè essere una tecnica di decisione formalistica al pari della legge, ovverosia un metodo di scelta pratica basato su norme (ragioni d’azione esclusive)”. In questa frase – a me sembra – sono condensati tutti i presupposti delle contraddizioni inerenti alla concettualizzazione della consuetudine da parte degli approcci positivista, formalista e analitico⁴⁶.

Con riferimento alle contraddizioni adesso indicate, credo possa essere utile svolgere alcune considerazioni di carattere eminentemente pratico. Il problema della rigidità o della eteronomia della consuetudine rispetto all’agire soggettivo si pone quando si dia il caso di un contrasto intersoggettivo. Si supponga che qualcuno invochi una consuetudine per delegittimare la pretesa di un altro soggetto. In questa situazione, l’accertamento della consuetudine sembrerebbe condurre a un esito simile a quello della legge formale. La legge è valida indipendentemente da ciò che ne pensano i soggetti destinatari di essi – questa è la conclusione in formato austriano/hartiano che potrebbe essere proposta dai positivisti. Qualcosa di assimilabile al fatidico *dura lex sed lex*. Eppure, a guardar bene, le cose non stanno esattamente in questi termini. Del resto, se così fosse, la desuetudine non potrebbe mai darsi, anche nella forma di nuove consuetudini che prendono il posto delle vecchie. Se gli effetti del passato, solidificati in una regola consuetudinaria, non potessero mai essere rimodulati legittimamente, allora la desuetudine o le nuove consuetudini non potrebbero mai nascere. Qualcuno potrebbe osservare a questo proposito che potrebbero anche nascere e perpetuarsi nel tempo ma... a patto che nessuno impugni mai di fronte a un giudice l’adozione dei comportamenti che integrano la nuova consuetudine o la desuetudine prima che questi si siano ripetuti del tempo così a lungo da fornire da sé l’evidenza che la consuetudine precedente è ormai priva di obbligatorietà. La risposta, per quanto arguta e nutrita indubbiamente di un elevato grado di scetticismo nei confronti della giuridicità intrinseca del fenomeno consuetudinario, tuttavia non mi pare risolutiva. Non può

45 Tra i molti contributi, ricordo qui il bel saggio introduttivo, alla raccolta da lei stessa curata, di Zorzetto 2008: 25 ss..

46 Ancora, Zorzetto 2008: 38-39, dove non a caso si riprende l’approccio di Raz : 35 ss., forse il più contraddittorio tra gli analitici anglosassoni per il suo oscillare, testimoniato dalla successione di molti suoi scritti, tra una visione essenzialmente autoritaria del diritto e un atteggiamento aperto alla delegittimazione di quell’autoritarismo in nome della differenza.

essere la postulazione di una ‘coincidenza sistematica’ a spiegare l’avvicinarsi delle consuetudini. Quel che determina la giuridicità di una consuetudine non è soltanto il tempo, la sua stabilità, ma anche la *stabilizzazione* della relazione tra soggetti e ambiente sociale che negli aspetti morfologici del comportamento materiale trovano solo un mezzo, un aspetto della situazione complessiva dotata di pregevolezza assiologica, cioè fonte di valore e di dover essere. La consuetudine è questa relazione tra mezzi e fini intrinseci a essa. Il fatto che sia stata ripetuta meccanicamente non significa affatto che, in quanto abito, essa non fosse il frutto di un’interazione intelligente, ponderata e proattiva, cioè rivolta a generare e anticipare implicazioni tra soggetto e ambiente, tra dimensione mentale e dimensione organica o empirico/materiale. Il comportamento consuetudinario è un comportamento comunque orientato a un fine. Come ho ribadito più volte, il fine stesso è integrato nelle relazioni tra agente, corpo dell’agente, mondo circostante e dinamica complessiva dell’azione in relazione alle condizioni al contorno (le citate 4E)⁴⁷. Da questo punto di vista, il comportamento incorpora le intenzioni proattive del soggetto e queste, enattivamente, includono i micro-processi di adattamento all’ambiente. Tutti insieme, questi concorrono alla realizzazione delle implicazioni pro-attive della consuetudine, cioè della situazione complessivamente dotata di significato. L’adozione di un comportamento differente può certamente integrare la violazione della consuetudine. Del resto, se questa non potesse essere violata o se ogni variazione individuale implicasse la sua decadenza, sarebbe priva di obbligatorietà. Tuttavia, obbligatorietà non significa divorzio da ogni implicazione di senso o irrilevanza di qualsiasi profilo assiologico connesso all’efficacia di uno standard prescrittivo. La variazione in determinate condizioni può dipendere da un’istanza di ri-categorizzazione e quindi di rimodulazione della portata pragmatica della norma consuetudinaria connessa al manifestarsi di variazioni nella situazione complessiva che la norma, e il comportamento che essa indica, presuppongono e riassumono: meglio ancora incorporano dinamicamente e prospettano. In questo senso, la deroga, l’alterazione della portata della consuetudine, possono persino porsi in linea con i suoi presupposti teleologici e con il criterio-guida per la combinazione mezzi/fini soggiacente a essi. Ancora, può accadere che il comportamento adottato apparentemente in violazione di quanto prescritto dalla previgente consuetudine – comportamento che può anche essere una nascente consuetudine non ancora dotata della *diuturnitas* – risponda a una mutata sensibilità sociale, a nuovi orizzonti di fini, tali da rendere la precedente consuetudine non in linea con essi, e quindi inadatta al nuovo assetto di significati sociali. Alcuni, indubbiamente, potrebbero continuare a invocare la vecchia consuetudine ma se essa si rivelasse non più confacente con i valori/fini che l’assetto sociale considera fonte di legittimità e giustizia, la *diuturnitas* di per sé non potrebbe porsi in contrasto con l’evoluzione dei costumi. La distonia dell’abito (costume) contenuto nella consuetudine morfologicamente considerata – cioè come coincidente con uno specifico comportamento riguardato nelle sue caratteristiche morfologiche considerate isolatamente e in

47 Cfr. Testa and Caruana 2020.

modo irrelato – rispetto ai costumi complessivi della società produrrebbe un'inevitabile eterogenesi dei fini quale conseguenza della sua adozione.

Si faccia l'esempio – ampiamente utilizzato dalla dottrina analitica a partire dall'*onnicitato* Hart – della consuetudine per gli uomini di togliersi il cappello entrando negli edifici sacri cristiani; si ricollochì quella consuetudine in un contesto sociale ispirato alla parità tra i sessi e in cui – com'è da sempre – non sia imposto alle donne di togliere il copricapo all'ingresso in Chiesa. Continuare a esigere che solo gli uomini adottino quel comportamento e imporre al singolo che se ne distanzi di adeguarsi all'usanza tradizionale equivarrebbe senz'altro a una consuetudine non in sintonia con l'assetto complessivo dei valori sociali e in contrasto con il principio di eguaglianza. Come potrà constatarsi, l'eguaglianza e l'universalizzazione tornano a far capolino. L'adeguatezza, l'adattamento, la *suetudo* del comportamento consuetudinario sono inerenti anche alla sua dinamica cronologica e al trascolorare nel tempo della sua legittimazione.

Tutto ciò si amplifica ancor di più – come è avvenuto nel dispiegarsi storico dell'esperienza giuridica canonistica – quando asse per la valutazione di legittimità del comportamento consuetudinario (tanto generale quanto particolare⁴⁸, tanto norma generale o specifica prerogativa individuale o di gruppi) sia anche l'ordinamento giuridico di fonte attizia o comunque istituzionale. In questa situazione, come si è specificato, i principi dell'ordinamento, soprattutto se indicati a livello costituzionale, tendono a trasformarsi in parametri/fini di tutta l'attività di produzione normativa. Rispetto a essi, il succedersi dei comportamenti sociali si atteggia come un mezzo. Di conseguenza, l'adeguatezza di un nuovo comportamento potrebbe assumere meritevolezza di tutela rispetto allo schema di condotta corrispondente e integrato in una previgente consuetudine. In questo caso, nel giudizio di 'funzionalità' rispetto ai fini inclusi nell'ordinamento attizio rientrerebbero ovviamente tutte le nuove condizioni al contorno, cioè la rete relazionale dalla quale dipende il significato sia del nuovo comportamento, potenzialmente prodromico alla nascita di una nuova consuetudine, sia di quello oggetto della consuetudine previgente. In tale scenario, la legittimità della consuetudine reagisce rispetto ai valori dell'ordinamento esattamente come fanno le leggi – almeno in regime di costituzione rigida. Il carattere pro-attivo e programmatico delle norme costituzionali implica, nella loro significazione e nella connessa portata deontica, un elemento di entropia simmetrica alla plasticità necessaria perché esse possano adattarsi alla dinamica dell'ambiente sociale mantenendosi coerenti rispetto ai fini intrinseci alla loro struttura categoriale (con riferimento sia alla parte prescrittiva, sia a quella descrittiva). Come ho tentato di esplicitare in precedenza, l'elemento assiologico è presente comunque in modo implicito anche nella determinazione delle categorie e del loro significato: un binomio da intendersi – ripeto – come epitome di una relazione dinamica, di una situazione processiva, inclusa nell'esperienza e nel dispiegarsi dell'azione. In tal senso, normatività della categorizzazione e normatività giu-

48 Confronta, in proposito, la polemica tra Puchta e Ferdinand Walter sulla portata della consuetudine nell'esperienza canonistica così come nitidamente ricostruita da Conte 2008: 44 ss.

ridica si sovrappongono e confluiscono l'una nell'altra nel tentativo di 'catturare pro-attivamente il futuro' e, quindi, di adeguare a esso e alle connesse condizioni contestuali la realizzazione del programma di azione coestensivo al significato delle norme. La struttura multilivello degli ordinamenti favorisce – come illustrato più sopra e come si mostrerà tra breve – la trasformazione delle prescrizioni normative in mezzi rispetto ai valori/fini e ai principi apicali del sistema giuridico⁴⁹.

Qualcosa di simile a quanto appena descritto accadde peraltro anche nella Roma antica, quando si transitò dai contratti astratti dello *ius quiritium* ai contratti *bonae fidei* di produzione giurisprudenziale sorti per far fronte alla differenza culturale e religiosa tra le comunità romane originarie e quelle dei popoli italici conquistati. L'opera del *praetor peregrinus* diede luogo a quest'opera di 'concretizzazione' dell'esperienza negoziale, inizialmente ascritta allo *ius gentium*, e orientata a specificare i tipi negoziali in base allo loro scopo e alla meritevolezza di tutela di esso rispetto alle articolazioni della *bona fides* – secondo scansioni rintracciabili nell'impianto d'ispirazione stoica del *De officiis* ciceroniano o, alternativamente, nella *Rhetorica ad Herennium* e, di qui, nell'opera ulpiana). La successiva evoluzione contrattuale fu segnata anche a Roma dall'adozione del criterio di funzionalità delle piattaforme negoziali e dei loro contenuti rispetto ai principi/fini dello *ius gentium*, così come dello *ius naturale*. Ciò ovviamente non significa che nelle strutture normative *non-multilivello* l'elemento teleologico intrinseco a ogni espressione categoriale e alla proiezione inter-temporale del diritto non possa generare plasticità ermeneutica e una propensione adattiva nella determinazione della portata semantica dei precetti normativi. C'è solo da osservare che l'assenza di strutture normative multi-livello corrisponde, in genere, a circuiti sociali relativamente omogenei o, comunque, segnati dalla predominanza di gruppi culturalmente e assiologicamente coesi che riescono a imporsi sugli altri. Quando tale omogeneità entra in crisi, il livello primario delle fonti non riesce più a saturare l'orizzonte della soggettività socio-giuridica poiché è difficile rendere immanente alla generalità normativa la plurale composizione degli interessi sociali. Ciò avviene perché ciascuno di essi richiede per la sua realizzazione schemi d'azione diversificati, che possono trovare sintesi e coerenza solo in una prospettiva teleologica, rispetto alla quale la loro differenza, tradotta in schemi di comportamento e in standard prescrittivi, si atteggi come plasticità dei mezzi rispetto a fini unificanti (anche se in termini solo asintotici).

Il fenomeno della pluralizzazione sociale e dei suoi riflessi sulla struttura normativa, tuttavia, non riguarda soltanto la cosmopolita esperienza romanistica o gli ordinamenti costituzionali contemporanei. Per tornare all'esperienza canonistica, le consuetudini generali, così come quelle particolari, dovevano comunque mostrare profili di rilevanza (*rationabilitas*) rispetto a una *causa finale* (da intendersi in senso aristotelico-tomista), che a sua volta doveva iscriversi, ai fini della legittimità della consuetudine, nei fini dell'ordinamento canonico e configurarsi come *modus* dell'orizzonte di giustizia della Chiesa⁵⁰. Sotto questo aspetto, la storia dell'ordi-

49 In questa direzione mi sembrano quasi di 'contemporanea rilevanza' le considerazioni proposte da Dewey 1924: 560 ss.

50 Su questi aspetti della dottrina canonistica della consuetudine risalenti a Suárez, rinvio a Romano Giacomazzo 1983; Bertolino 1987; Comotti 1993, Pellegrino 1995.

namento canonico sembra mostrare come all'esperienza transepocale della consuetudine sia intrinseca la relazione dinamica tra intenzione (intesa in senso lato) e comportamento, che incorpora e dispiega relazionalmente il carattere teleologico dell'*abito*. Per esprimersi in modo più esplicito e diretto, senza il fine e il suo sintetizzare la relazione riflessiva ed enattiva soggetto/mondo, il comportamento non potrebbe mai assurgere alla dimensione della giuridicità, per quanto diuturna sia la sua adozione. A essere carente sarebbe il significato dell'azione senza il quale non si darebbe alcun *abito* e nessun comportamento umano definibile come tale.

6. Quinto inizio. Consuetudine e ordinamento-istituzione, significato e dover-essere, tempo e fini

Per rimanere nel solco del dialogo tra esperienza canonistica e sfera secolare poste a confronto lungo i tracciati della consuetudine, è da ricordare che nella prima metà dell'Ottocento prese forma un'aspra polemica tra Puchta e il canonista tedesco Walter a proposito della consuetudine e, specificamente, circa il ruolo della consuetudine nella storia del diritto della chiesa. Puchta⁵¹ contestava la tesi di Walter⁵², secondo il quale nell'ordinamento canonico la consuetudine avrebbe avuto una funzione pervasiva e strutturante in qualità di fonte del diritto. Secondo Puchta, viceversa, nell'esperienza giuridica della Chiesa la consuetudine non aveva avuto spazio alcuno. In un saggio già citato⁵³, si osserva lucidamente come il motivo della polemica appaia plausibile quando si rammenti

'che la dottrina della consuetudine elaborata da Puchta riconosce rilevanza normativa non tanto al comportamento effettivamente praticato dall'insieme del popolo, quanto piuttosto dalla premessa spirituale di quel comportamento. Quel che conferisce valore normativo alla consuetudine non è il fatto rappresentato dal comportamento univoco di una comunità, bensì la convinzione popolare della sua legittimità (*Überzeugungstheorie*). Il comportamento conforme del popolo, in altre parole, non è altro che la manifestazione della volontà comune, che basta di per sé a produrre la norma giuridica; tanto che in proposito si è parlato di *Gewohnheitsrecht ohne Gewohnheit*. Premessa essenziale di questa dottrina non è dunque l'accertamento di un comportamento conforme da parte del popolo, né di uno stile di giudizio nei tribunali; è piuttosto l'identificazione di un soggetto del volere normativo: una comunità di popolo che possa maturare le convinzioni che generano diritto. Cioè un popolo, un *Volk*, caratterizzato etnicamente o territorialmente, e soprattutto dotato del proprio *Volkegeist*'.

Ora, questo passaggio e il connesso riferimento a Puchta rivelano una volta di più come nella mentalità giuridica moderna da una parte vi sia il fatto, quasi puramente materiale, dell'iterazione/ripetizione; dall'altra, la rappresentazione di

51 Puchta 1828: 189.

52 Walter 1822; Walter 1833.

53 Conte 2008: 24-25.

quel fatto, cioè l'attività noetica e intenzionale che lo pone in essere, e quindi la valutazione sulla sua obbligatorietà. Nella sfera di questa attività noetica, distinta dal fatto, si articolerebbe anche la convinzione che conduce al generarsi del dover-essere: la ripetizione di quel fatto è dovuta perché così si pensa che debba *essere*. Ovviamente, l'identificazione della fonte soggettiva, interna, spirituale, della giuridicità della consuetudine lascia aperto il problema della distinzione tra i molteplici 'momenti intenzionali' del fenomeno considerato nel suo complesso. Mi riferisco alla circostanza che dal fatto, dalla sua categorizzazione in termini empirico-materiali, non può essere espunta l'intenzionalità umana; così come essa non è dissociabile dalla qualificazione di 'giuridicità' riferita al fatto; allo stesso tempo, faccio riferimento al binomio fatto/intenzionalità condensato nell'azione passata tenuta da qualcuno e riguardata nella sua apparente soggettività.

Quando i giuristi iniziano a considerare la consuetudine dal loro punto di vista, l'agire è assunto come un fatto sul quale si sovrappone il *dover essere*, il momento dell'obbligatorietà. L'obbligatorietà, cioè, è configurata come un dato estrinseco, in qualche modo ulteriore e distinto dal fatto della ripetizione. Come già osservato, questo modo di ragionare non fa altro che riproporre, in una delle sue incarnazioni, la scansione essere/dover-essere, fatto/norma, mondo/mente, realtà/rappresentazione, azione/intenzione, corpo/cervello, ambiente/organismo ecc. Il problema cruciale della consuetudine, tuttavia, sta nella circostanza che il fatto della ripetizione non può essere considerato come un atteggiamento non intenzionale, quasi si trattasse di un comportamento istintivo, deterministicamente assunto dagli individui. Fosse così, (almeno dal punto di vista tradizionale), esso vivrebbe nella sfera della fattualità assoluta, cioè non potrebbe mai diventare oggetto di una prescrizione giuridica o entrare come tale nel mondo del diritto e trasformarsi nel contenuto di una regola (per quanto flessibile questa sia). Il dover-essere, come del resto tutto il discorso assiologico, includono nel proprio archetipo di senso una dialettica dell'assenza: ed esplicito subito cosa intendo. Per essere dovuta o per essere considerata come dovuta, una condotta deve essere 'disobbedibile' o 'violabile'. D'altra parte e prima ancora del momento normativo/giuridico, ciò che si identifica con un valore deve *poter non essere* per poter non apparire paradossale – se non pure ridicolo – all'interno del discorso assiologico. Non può darsi valore intrinseco a qualcosa che non possa non essere o essere altrimenti. Il comportamento consuetudinario, nel momento della sua formazione, deve essere tenuto intenzionalmente e voluto come tale a dispetto di altri possibili comportamenti che i soggetti sociali potrebbero assumere alternativamente. Per quanto con il tempo esso possa essere adottato quasi in modo automatico, cioè senza un impiego immediato della riflessione, appunto come un abito di comportamento trasformatosi in abitudine, ciò non elimina che la sua struttura assiologico/teleologica, e dunque anche la sua intenzionalità, rimangano comunque incapsulate nel fenomeno che esso incarna. L'osservatore, il linguaggio stesso, può anche occultare la dimensione intenzionale/soggettiva, limitandosi a descrivere solo gli aspetti morfologici/esteriori del comportamento. L'elemento soggettivo, tuttavia, è comunque presente.

Si osservi, a questo proposito, come lo stesso gesto, posto in essere da persone di diversa cultura, possa avere significati totalmente differenti e, quindi, essere dotato

di rilevanza etico-giuridica totalmente divergente rispetto a ciascuno degli universi di discorso in cui quelle persone si muovono. Allo stesso modo, il medesimo gesto, compiuto da un essere umano e da un animale, potrebbe avere molte analogie empirico/morfologiche ma nessuna coincidenza circa il suo rispettivo significato e la sua rilevanza assiologica. Dissociare il comportamento dalla dimensione simbolica, l'attività meccanico-fisica da quella mentale, il fatto dall'intenzione, il mondo dalla mente, l'essere dal dover-essere, rende poi impossibile e fonte di paradossi considerare la consuetudine come fatto sociale fonte del diritto o di obblighi. Porre l'accento, partitamente, sul 'fatto' come fonte di valore o sull'intenzione come origine della giuridicità inevitabilmente entrerà in rotta di collisione con l'imprescindibilità di ciascuna delle due componenti della consuetudine quale comportamento umano dotato di un senso, quantomeno nella sua fase genetica. Per converso, confinare alla fase genetica la considerazione del carattere simultaneamente oggettivo/soggettivo e materiale/intenzionale della consuetudine⁵⁴ equivarrebbe a sostenere che essa si trasfiguri non appena si sia formata e, soprattutto, che debba essere resa oggetto di una giuridicità mediata da una fonte eteronoma, generata da una sorta di meta-soggettività che la guardi e la qualifichi dall'esterno. Senonché ciò significherebbe, appunto, che la consuetudine non sarebbe più tale nel momento stesso in cui fosse (divenisse) riconosciuta come norma, cioè come rappresentazione normativa di comportamenti o schemi di comportamento da dover tenere. Questo perché la rappresentazione congelerebbe il farsi del processo consuetudinario in un'immagine (per dir così) fissa, altra dal processo stesso che è invece coestensivo alla consuetudine. Ciò, però, contraddirebbe l'idea che la consuetudine rimanga efficace come tale e che l'ordinamento giuridico attizio si limiti a riconoscerla. Secondo questo schema, al contrario, una volta instauratasi, la consuetudine non potrebbe essere modificata dagli stessi attori che l'hanno generata e dunque cesserebbe di esistere trasformandosi in una sorta di regola attizia – non importa se contenuta in una fonte di cognizione, in una sentenza, in un'opinione condivisa verbalmente da un determinato momento in poi a livello sociale. Ogni sua manifestazione *eroderebbe*, o meglio ancora *consumerebbe*, il potere-competenza dei suoi *autori* di continuare a esercitarlo.

Il problema dell'auto-esaurimento della fonte consuetudinaria attraverso le sue manifestazioni, cioè la contraddittorietà della sua riduzione a concetto o a una

54 In tal senso, Coleman 2003: pos. 523 ff.). La travisante comprensione dell'idea di *abito*, così come invece elaborata dal pragmatismo (Peirce, James, Dewey), emerge, del resto, sin dalle prime pagine del volume di Coleman qui citato, laddove si distingue il concetto dalle sue proiezioni teleologiche. Con tutto ciò, egli definisce come 'pragmatista' il suo approccio al diritto anche se l'intera trattazione che lo illustra si snoda sulla base di una visione concettualistica in linea con la distinzione ricordata sopra. Tracce del medesimo travisamento, peraltro, si ritrovano anche in Dworkin 1986: 52, 87, 119), e specificamente laddove, proprio con riferimento alle regole consuetudinarie, al loro trascolorare nel tempo ma anche alla loro polifonica e multi-situata attuazione, propone la distinzione tra 'concetto' e 'concezioni'. Cosa rimanga del pragmatismo e soprattutto della semiotica a esso soggiacente è davvero un'incognita alla quale a me risulta difficile rispondere. La medesima distinzione si ritrova anche in Searle: 1995: 19. Sull'idea di *abito* nella filosofia pragmatista cfr., per alcuni recenti contributi oltre al testo di Testa e Caruana 2020, anche West e Anderson 2016.

entità rappresentata oggettivamente, è analogo – credo non a caso – a quello postosi con riguardo all’abrogazione delle leggi e risolto, abbastanza banalmente e in modo insoddisfacente, mediante il ricorso all’argomento della successione nel tempo, a sua volta usualmente sintetizzato nella formula ‘criterio cronologico di organizzazione del sistema delle fonti’. Secondo questa ricostruzione, trasformata in meta-norma di produzione dell’ordinamento, ciò che *viene dopo* sarebbe *rivestito di maggior valore* rispetto a quel *che precede*. Detto diversamente, *quel che la volontà popolare o il legislatore decide oggi, vale di più di quel che ha deciso ieri*.⁵⁵ Naturalmente ciò pone il problema di confrontarsi con l’obbligatorietà come categoria in sé. Se l’intenzione presente o futura prevalessesse sempre e incondizionatamente su quella passata, come potrebbe mai configurarsi alcuna forma di obbligatorietà o di dover-essere? Il problema posto da tale quesito, viceversa, è stato sempre affrontato affidando alle decisioni passate la prevalenza su quelle future soprattutto in termini di legittimazione logico-cronologica del sistema giuridico. Senonché, così posta, la soluzione appare ancor più contraddittoria del problema che dovrebbe aiutare a risolvere. A conferirle una contingente plausibilità – com’è noto – è stato chiamato in causa il criterio gerarchico. In base a esso, le decisioni intenzionali assunte nel passato e proiettate a imporre obblighi nel futuro non possono essere cancellate o rese inefficaci da quelle successive a patto che siano dotate di maggiore pregevolezza, vale a dire che siano assunte da soggetti o mediante procedure considerate più vevoli (dotate di superiore efficacia formale) e quindi superiori rispetto a quelle successive. L’entrata in scena del criterio gerarchico consentirebbe – soprattutto nei sistemi a costituzione rigida – di superare il problema posto dal criterio cronologico come tale. Se prodotto dallo stesso soggetto al quale le norme costituzionali sulla produzione delle norme primarie (e così a cascata a quelle secondarie ecc.) affidano la competenza normativa da esercitare secondo determinate procedure, ciò che verrà dopo prevarrà su quel che lo precede poiché legittimato in ciò da una norma ancora precedente e di rango superiore. Escludere la prevalenza della legge successiva, viceversa, implicherebbe che la norma legislativa precedente possa erodere la portata normativa, e quindi l’efficacia, della norma costituzionale sulla produzione delle leggi. Ciò perché la norma primaria *resistente* – per dir così – violerebbe il principio gerarchico giacché la norma costituzionale sulla produzione rimane necessariamente valida anche dopo l’entrata in vigore di ogni legge continuando, quindi, a produrre i suoi effetti e attribuendo costantemente al legislatore la medesima competenza che questi aveva in origine, cioè al momento dell’entrata in vigore della norma costituzionale che ha radicato la sua competenza normativa.

Quasi superfluo dirlo, questa soluzione è solo parziale, se non altro perché il criterio gerarchico non sarebbe applicabile alle norme poste all’apice del sistema, che rimarrebbero così ingabbiate in due opposti circuiti di auto-contraddizione quantomeno rispetto alla dimensione intrinsecamente dinamica e storico-esperienziale del diritto. Il primo circuito auto-contraddittorio consiste nell’attribuire al passato

55 In opposizione a questa tesi è nota la posizione di Merkl 1987: 131 ss.

una normatività assoluta, dunque una portata assiologica definitiva, che renderebbe illegittima qualsiasi modifica successiva. Il passato, comunque sia, avrebbe prevalenza sul presente e sul futuro, e questo sempre, di fronte a qualsiasi condizione. All'interno di questo schema, rimarrebbe però da comprendere che cosa, se non una forma di autoqualificazione autoreferenziale, renderebbe il passato differente dal presente e dal futuro, o questi comunque diversi, nel senso di meno pregevoli rispetto a ciò che li ha preceduti. L'uguaglianza, intesa in senso diacronico, sarebbe la vittima di questo modo di leggere la dinamica temporale del diritto (in effetti, dovrebbe parlarsi di una diacronicità quantomeno difettiva).

Il secondo circuito di auto-contraddizione si avrebbe – come già espresso – nel caso della prevalenza assoluta del presente e del futuro sul passato. In tal caso, non sarebbero pensabili né la categoria del valore, né quella del dover-essere. Ciò nondimeno, non ritenere il soggetto futuro *eguale* a quello passato sarebbe ben poco giustificabile, a meno che non si ricorra a mitologie che trasformano il passato – e quindi la figura del legislatore passato – in un'entità semi-divina dotata di poteri superiori o cosmogonici. In effetti, l'idolatria di alcune tradizioni giuridico-culturali nei confronti dei c.d. padri-fondatori non è altro che la versione difettivamente secolarizzata di quelle mitologie antiche. Un atteggiamento sacralizzante che, peraltro, pare incapsulato nella stessa formulazione astratta del principio gerarchico e nella sua contraddittoria declinazione auto-referenziale. E ciò a dispetto delle sue rappresentazioni formalistiche e logicheggianti, dal momento che nell'esperienza giuridica moderna la priorità logica – come osservato – si presenta sempre fondata su, o comunque accoppiata a, una priorità crono-logica.

Eppure, la centralità del principio di uguaglianza, soprattutto negli ordinamenti democratici, è alla base del criterio cronologico – almeno secondo la visione liberale (in senso lato). Conferire prevalenza alle decisioni della *maggioranza di ieri* rispetto a quelle assunte dalla *maggioranza di oggi o di domani* infrangerebbe l'idea stessa di democrazia e la sua matrice egualitaria connessa alla possibilità che la minoranza di ieri e chi ne faceva parte possano diventare la maggioranza di oggi o di domani. Il pericolo della dittatura delle maggioranze del momento, in sé in grado di compromettere la possibilità che le minoranze di oggi divengano maggioranze domani, induce a modulare e a relativizzare la coincidenza del diritto e del dover-essere con l'*adesso*, con la volontà attuale e la sua absolutezza. In qualche modo, tuttavia, l'uguaglianza, considerata nella sua prospezione diacronica, autogenera le condizioni sostantive per una sua diversificazione interna, cioè per l'identificazione di alcuni elementi sostantivi, di senso, che consentono alla sua forma di riprodursi e di non fossilizzarsi nella dittatura del passato sul presente/futuro o nel liquefarsi nello strapotere e nell'arbitrio assoluto di chi e di cosa segue. Ciò porrebbe un argine al problema della 'impensabilità' dell'obbligo connessa alla prevalenza del presente/futuro sul passato. La 'portanza' – per dir così – di quest'argine non è ovviamente predeterminabile *a priori*. Da un certo punto di vista, però, penso che la sua presenza, il suo operare, possano essere considerati assai più pervasivi di quanto non possa apparire a prima vista.

In fondo, l'argine sostantivo all'avvicinarsi anomico delle volontà assume rilievo anche in ambito contrattuale, sotto il profilo dell'uguaglianza intesa come equi-

tà. Se qualcuno pensasse di potersi liberare dagli obblighi contrattuali sol perché la sua volontà non può considerarsi erosa dalle sue stesse precedenti manifestazioni contraddirebbe in questo modo l'eguaglianza, in termini di giustizia commutativa, interna al contratto. Essa serve a far sì che in esito alla creazione e all'esecuzione del contratto nessuna delle parti si ritrovi in una condizione 'diseguale' rispetto alla condizione precedente. Che ciascuna parte risulti modificata, magari a un livello di coscienza intersoggettiva e di condizione pratica generata dall'esecuzione delle prestazioni contrattuali, certamente è incontrovertibile; ciò non implica, tuttavia, che la condizione di ciascuno sia per questo diseguale o sbilanciata rispetto a quella dell'altro e alla situazione anteriore goduta da ciascuna parte alla conclusione del contratto in questione. Violare unilateralmente l'impegno contrattuale, non sentendosene obbligati sol perché la volontà di adesso può cancellare quella di ieri, significherebbe invece esporre uno dei due soggetti al rischio di perdere un vantaggio immaginato come simmetrico a quello dell'altro contraente e percepito ancora come tale. È la capacità generativa di nuove situazioni pratiche, di nuove situazioni-mondo inclusive anche della dimensione soggettiva, che rende la conclusione del contratto un evento 'reale'. Gli effetti reali connessi allo scambio dei consensi, caratteristici di contratti come la compra-vendita odierna in molti ordinamenti, sono la trasposizione secolarizzata della significazione magico-cosmologica garantita alla negoziazione dalla sua ritualità religiosa o dal giuramento – volendo riprendere le tesi di Hägerstrom ma anche le letture storico-ricostruttive connesse all'uso di sovrapporre i giuramenti alla conclusione dei contratti. La divinità, con la sua capacità creatrice, era chiamata a far da garante affinché il 'detto' si trasformasse in 'già fatto', ancorché ancora non eseguito, cioè in una situazione corrispondente all'ordine cosmico: lo stesso ordine che l'inadempimento contrattuale avrebbe infranto. Tutto ciò si è lentamente trasfigurato nell'ordine coestensivo alla giustizia commutativa e all'eguaglianza a essa intrinseca. Dal rapporto tra eguaglianza, tempo e contratto, nascono peraltro figure contemporanee come l'affidamento contrattuale, l'idea di risarcimento del danno (sotto il profilo del danno emergente e del lucro cessante) per effetto del mancato adempimento, e così via.

L'eguaglianza, intesa nei termini diacronici e sostantivi appena considerati, indica i modi, le estrinsecazioni dell'intersoggettività e, quindi, i significati che all'interno di essa si generano e rigenerano. Intersoggettività, quindi, significa anche transazione, adattamento reciproco, traduzione e mutua trasformazione in relazione alle condizioni dell'ambiente, del contesto di esperienza. Sottolineare questo elemento trasformativo è di estrema importanza, anche perché consente di porre in relazione la dimensione politica della democrazia moderna, e specificamente le sue origini borghesi, con la dialettica legge/costituzione nella costruzione del sistema delle fonti dei contemporanei ordinamenti costituzionali e delle relative società pluraliste e multiculturali. Proverò subito a esplicitare il perché di questa mia asserzione e la sua connessione con il tema della successione delle norme nel tempo.

Le costituzioni successive alla Seconda guerra mondiale, molte delle quali elaborate sul modello della costituzione di Weimar, sono per la maggior parte caratterizzate dall'elemento del pluralismo. Un pluralismo assiologico, sociale, istituzionale che, attraverso queste sue proiezioni, si trasferisce al sistema delle fonti. Con queste

costituzioni – soprattutto nei circuiti di *civil law* – il legecentrismo proto-liberale subiva un consistente depotenziamento. La legge non saturava più il cielo della giuridicità. La sua generalità, il suo essere *ricettacolo e motore dell'eguaglianza*, non erano più garantiti sul piano cronologico dal principio della abrogabilità delle leggi precedenti da parte di quelle successive quali espressioni contingenti dell'unica fonte del diritto istituzionalmente legittimata. La legge derivava invece la propria legittimità dalla costituzione e dalla compatibilità con le sue norme sostantive. Il risultato di questa sotto-ordinazione si trasformò, presto, da condizione e fattore strutturale a requisito funzionale della legittimità delle leggi. Se queste trovavano inizialmente nelle norme costituzionali il proprio limite, progressivamente videro trasformare la propria compatibilità in nesso teleologico. Per non andare oltre il limite, la legge doveva essere modellata in funzione di ciò che il limite tutelava. L'effetto finale fu la trasfigurazione della generalità delle norme legislative da dato formale in elemento strumentale. Ed ecco il risultato. Generale è la legge che si fa mezzo per ciò che la costituzione protegge: i diritti, i principi, i valori, i fini che essa include nella sua trama semantica.

Il percorso di trasformazione appena delineato e gli squilibri teorico-ricostruttivi che esso comporta in seno all'approccio positivista si coglie abbastanza bene nell'esperienza italiana – ma il discorso può estendersi comparativamente. La costituzione del 1948 moltiplicava il novero delle fonti. Affiancava alla legge altri tipi di atti normativi dotati di uguale efficacia, se non addirittura superiore: decreti-legge, decreti legislativi, referendum, leggi regionali, contratti collettivi (e loro trasfigurazioni), regolamenti parlamentari, leggi con procedura diversificata o specializzata (art. 7 e 8 cost. it.), quindi leggi costituzionali, in materia costituzionale e, progressivamente, categorie di elaborazione giurisprudenziale come leggi a contenuto costituzionalmente vincolato, leggi costituzionalmente obbligatorie, leggi dotate di copertura costituzionale, leggi atipiche ecc. Questa moltiplicazione è stata effetto dell'*incorporarsi* all'interno della dinamica del sistema normativo del pluralismo degli interessi sociali, del loro plurimo presentarsi sul piano politico e istituzionale, del loro agganciarsi a valori/fini riconosciuti dalla costituzione. Il processo di trasformazione sul piano delle fonti va in parallelo, in un certo senso, con la perdita di centralità e anche di predominanza sociale della borghesia, del modellino antropologico-economico di soggettività sul quale era costruita la generalità della legge nell'assetto liberale. Una generalità *di parte*, non inclusiva, spesso discriminatoria o silenziante, che generava un'*uguaglianza di fronte alla legge* equivalente più all'inflizione di una condizione di subalternità che a un meccanismo di inclusione e, ancor meno, di giustizia distributiva.

Di fronte a queste trasfigurazioni, la dottrina positivista di matrice proto-liberale (ancorché negata a parole ma forse inconsapevolmente vissuta) in certo senso s'irrigidì⁵⁶ invocando, sotto l'egida della certezza del diritto e per evitare degenerazioni autoritarie o sovversive, il *numerus clausus* delle fonti-atto diverse dalla legge. Per queste

56 Nel circuito dell'esperienza giuridica e della dottrina italiane cfr., per tutti, Crisafulli 1960: 779 ss.

vi sarà uno spazio di legittimità solo se previste dalla costituzione stessa. Conclusione argomentata sulla base del principio gerarchico, per cui, in regime di costituzione rigida, nessuna fonte può attribuire a un'altra fonte un'efficacia pari o superiore alla propria; né può attribuire a sé stessa un'efficacia superiore a quella conferitale dalla costituzione.⁵⁷ Lo spettro indirettamente e negativamente evocato da questo principio è, ovviamente, quello del fascismo, dei decreti del Gran Consiglio del Fascismo e della connessa esautorazione della fonte legislativa e del suo organo di produzione, il Parlamento. Ciò nondimeno, la difesa 'seppur relativa' del legecentrismo nasconde anche un nocciolo 'amaro', identificato con straordinaria lucidità da Heller nelle discussioni che orbitarono attorno alla redazione della costituzione di Weimar. Di fronte all'opposizione di Kelsen – presente insieme a Heller e a Schmitt nella commissione per la redazione del testo costituzionale – rispetto all'inserzione nella costituzione di disposizioni di principio in grado di sovvertire l'efficacia della costruzione a gradi della struttura istituzionale e quindi della funzione normativa, la risposta di Heller fu durissima ma straordinariamente verace e lungimirante. La resistenza di Kelsen rispetto all'uso dei principi sostantivi nel linguaggio costituzionale era connessa alla consapevolezza che la *semantica dei fatti* avrebbe reagito sulla semantica costituzionale generando un cortocircuito – già messo in luce da Alf Ross⁵⁸ – all'interno dello *Stufenbau*, cioè della costruzione gerarchico-piramidale dell'ordinamento, imbastardendo quindi l'unità semantica del diritto vivente. Comprendendo che l'unità formale dell'ordinamento, la sua plausibilità logica interna, avrebbe potuto essere mantenuta soltanto a patto che il gioco dei significati sociali potesse assumersi come concluso nel momento di emanazione della costituzione, di generazione del presupposto fenomenico della *Grundnorm* come suo alter-ego ipotetico-astratto, la conclusione implacabile di Heller venne innescata quasi meccanicamente. Kelsen, a suo giudizio, non era altro che l'esecutore testamentario del diritto borghese, l'epigono di Jellinek camuffato da neo-kantiano relativista.

Il relativismo democratico kelseniano, nell'arrestarsi sulle soglie dell'unità logica dell'ordinamento garantita dalla struttura gerarchica, lasciava questo in balia di una semantica statica. Una semantica che rispecchiava una struttura sociale in cui il contenuto di principi come libertà, uguaglianza, dignità, solidarietà, coincideva con il diritto, con i diritti intesi quali prodotti istituzionali deduttivamente incastonati dentro le caselle di un modello di società e di un universo di significati già in qualche modo fissati. Per paradossale che possa suonare, la dinamica del sistema kelseniano avrebbe potuto navigare solo su un oceano di significati pietrificati, presupposto (aberrante) perché quella stessa dinamica non finisse per reagire sull'unità logica dell'ordinamento. Diversamente, appunto, la tenuta logica del sistema sarebbe stata sovvertita, disarticolata dall'alterazione continua della semantica sociale, dall'utilizzazione dei principi e della loro vaghezza di significato come mezzi per la riattualizzazione costante del contratto semantico/sociale (ancorché solo astrattamente postu-

57 Ho affrontato queste tematiche in un testo di molti anni fa al quale faccio riferimento, per ragioni di spazio, per i riferimenti bibliografici alla dottrina: Ricca 1996.

58 Ross 1929.

lato) coincidente con la *Grundnorm*. Il relativismo democratico kelseniano dentro la struttura piramidale orfana di significati materiali avrebbe finito per inibire qualsiasi dialettica sociale da orchestrare discorsivamente e si sarebbe trasformato nel predominio indiscutibile della classe dominante. Questa era la critica-profezia helleriana per alcuni versi avveratasi sia alla vigilia della Seconda guerra mondiale, sia al giorno d'oggi, quando alla logica istituzionale kelseniana si è sostituita, dopo il crollo delle ideologie, la meccanica finanziaria globale e la sua finta etica concorrenziale.

Nella visione dell'uguaglianza coestensiva alla dinamica delle interpretazioni costituzionali poste in moto dal pluralismo sociale e dalle sue spinte rivendicative il dettato della costituzione si sarebbe invece auto-rinnovato mediante la combinazione polifonica e riflessiva delle sue proiezioni di senso e di valore⁵⁹. Il passato e il domani della legittimazione normativa avrebbero dovuto trovare un fronte di sintesi, ancorché interlocutoria, nel presente, allo stesso modo in cui mantenimento e transazione, trasformazione e tutela, sgorgavano dalla proiezione diacronica dell'uguaglianza, ma in modo amplificato, semanticamente e assiologicamente più ricco e sfaccettato. La rete di interrelazioni tra i significati e i valori costituzionali avrebbe dovuto dare ritmo a una miscela di mutamento e mantenimento, innovazione e costanza, tale da garantire che il passato non fagocitasse il presente e il futuro, e questi non disintegrassero qualsiasi dimensione assiologica o del dover-essere imponendosi come istanziazione assoluta e momentanea di giuridicità risucchiata nella contingenza. Tutto questo discorso, apparentemente sin troppo complesso, avrebbe potuto risolversi tuttavia nell'equivalenza tra uguaglianza e significato, da intendersi in modo processivo e non concettualmente reificato, cioè come reificazione attuale e definitiva di ogni orizzonte di senso. Detto diversamente, ciò significa che l'uguaglianza non avrebbe dovuto intendersi in chiave statica ma come prodotto di un processo transazionale di universalizzazione, del suo dispiegarsi attraverso l'esperienza e come strumento di organizzazione, produzione e comprensione dell'esperienza stessa. Un processo che avrebbe potuto e dovuto utilizzare tutte le risorse semiotiche a sua disposizione, cioè tutto il suo patrimonio segnico – da intendersi sia in termini linguistico comunicativi sia materiali e biologico-organici – per interpretare il passato alla luce del presente e in vista del futuro, e quest'ultimo per mezzo delle chiavi interpretative ed esperienziali già elaborate. Il reciproco rapporto interpenetrativo tra segni passati e segni coestensivi all'esperienza presente proiettati proattivamente verso il futuro avrebbe potuto così generare di continuo una terzietà che fosse sintesi, combinazione e transazione tra mantenimento e innovazione, conservazione e innovazione. Tutto ciò avrebbe potuto incarnare la relazione intima tra dover-essere e significato, tra valore e ricerca del senso attraverso il divenire dell'esperienza che è intrinseca al fenomeno giuridico e al suo articolarsi attorno al principio di eguaglianza. Perché ciò non sia avvenuto, perché le c.d. costituzioni del pluralismo abbiano ceduto il passo alle idolatrie massificanti del consumismo e alla plutocrazia finanziaria globale è un'altra storia, piuttosto desolante. Una storia che coincide con l'odierno svanire

59 Heller 1998. Su Heller e il pluralismo, cfr. Dyzenhaus 1999 e 2015: 337 ss.; Lagi 2020: 85 ss.

del potenziale normativo e progettuale delle costituzioni come delle dichiarazioni dei diritti.

Sulla scia di questa nota di sconforto..., possiamo tuttavia tornare alla consuetudine. Isolare la 'giuridicità' della consuetudine dal prodursi sociale del suo significato mediante un modularsi responsivo alle variazioni ambientali degli abiti assiologico-cognitivi in essa incapsulati significherebbe sottrarla alla dinamica dell'uguaglianza appena descritta, e alla quale soggiace anche la legittimità costituzionale della legge. Se tutto dovesse risolversi in questo irrigidimento formalizzante, gli autori della consuetudine, i soggetti di diritto, rimarrebbero ingabbiati nella sfera del 'fatto' ormai qualificato giuridicamente, con una sorta di cesura, dal meta-soggetto che intenzionalmente conferisce valore legale e obbligatorio alla consuetudine stessa. D'altro canto, anche le fonti normative – per esempio, le leggi – emanate dal legislatore istituzionalmente configurato, a dispetto di tutte le mitologizzazioni costitutive e anankastiche del formalismo giuridico e della filosofia analitica – non costituiscono da zero, come in una genesi semantica, quel che impongono. Tutta la parte descrittiva della norma giuridica formale si appoggia pesantemente e necessariamente sul mondo esistente, sulle reti di significato costruite dagli esseri umani, sugli 'artefatti comportamentali' da questi generati attraverso il lavoro culturale. L'illusione che il legislatore generi il 'suo' fatto in modo del tutto autoreferenziale, solo perché specifica alcuni vincoli di pertinenza semantica, è totalmente infondata e costituisce l'errore capitale del positivismo giuridico maturo, che rivela in questo la sua profonda 'ingratitude' per la dimensione semio-sociale che lo sostiene come sistema di discorso esplicito, intenzionale e teleologicamente/assiologicamente orientato. Studiare la consuetudine impone di gettare un ponte tra fatto e valore, tra dover essere ed essere, semplicemente perché essa incarna la fusione processiva di questi due elementi. Occuparsi di 'consuetudine giuridica' è importante ancora oggi, quando la dimensione attizia del diritto appare dotata di un'abbagliante pervasività, perché spinge a cogliere l'*abito* di pensiero, l'unità qualitativa ed esperienziale, che rende plausibile la *copula*, l'interpenetrazione tra i due termini: 'consuetudine' e 'diritto', fatto sociale e normatività. Quell'unità qualitativa, a mio giudizio, è la stessa che ancora soggiace al diritto attizio e alla sua fenomenica, e che costringe a considerare il diritto nel suo complesso, così come nel suo farsi pulviscolare attraverso le pieghe del quotidiano, un evento umano e come tale aperto alle trasfigurazioni dell'umano e alla loro dinamica di senso.

7. Sesto inizio/percorso. L'incipit di una conclusione.

Per terminare il percorso, sicuramente incompleto, tratteggiato sin qui, vorrei proporre alcune considerazioni sull'immagine del diritto che emerge attraverso l'analisi della consuetudine intesa come fenomeno processivo, aperto, plastico, in continuo adattamento. Quanto osservato può indubbiamente indurre – ne sono consapevole – il timore che il requisito della certezza del diritto e la sua funzione di tutela possano risultare compromesse da un approccio che pone il fulcro del significato delle parole giuridiche sul crinale tra passato e futuro, piuttosto che nel passato. La sicurezza fornita da una visione statica, in parte misonista, del diritto, schiacciata su un'idea

di garanzia che confina con la conservazione e il mantenimento di quanto acquisito, e perciò dello *status quo*, costituisce tuttavia una parziale illusione. Benché la stessa consuetudine sia considerata – specialmente nei paesi di *common law* – come il baluardo delle prerogative conquistate nel passato contro le incursioni imprevedibili del potere e della protervia presente e futura, sarebbe tuttavia un errore identificarla come la quintessenza della conservazione. Nella reiterazione abita il significato, che non può essere altrimenti se non dinamico. Quando questo carattere intrinsecamente dinamico, che è inerente anche alle categorizzazioni per mezzo delle quali funzionano il pensiero e il linguaggio, venisse tradito, ingabbiato, interdetto, il potere avrebbe in ogni caso la meglio su di esso, sulla sua funzione di adattamento, sulla sua apertura a una transazione costante con il mondo e con gli altri.

Non può esservi nessuna genuina produzione o riproduzione della consuetudine giuridica al di fuori dei processi di universalizzazione che sono intrinseci alla ricerca del significato e, quindi, alla verifica costante della dimensione relazionale di esso. Il rischio di strumentalizzazioni, di partigianerie, intrinseco alla variazione indubbiamente sussiste. Tuttavia, la variazione si incunea anche nel mantenimento della stabilità morfologica e, dissimulata sotto il velo della fissità delle apparenze, può facilmente convertirsi in un mezzo di prevaricazione, di occultamento di sbilanciate relazioni di potere. Identificare la legittimità del fare e del dire giuridico con una fonte di legittimazione normativa assunta come immutabile nel tempo è in contraddizione con la significatività delle categorie utilizzate nei suoi enunciati e con le proiezioni temporale di esse, con il tentativo a esse intrinseco di coordinarsi con l'esperienza futura nonostante, e anzi anche *mediante*, il coefficiente di entropia semantica che ciò comporta.

Tentare di rintracciare nella fissità delle forme giuridiche e nell'oggettività giuridica assunta dall'iterarsi dei comportamenti consuetudinari, e quindi prodotte dagli esseri umani, un 'farmaco' contro l'incertezza, l'ingiustizia e le incursioni destabilizzanti del potere di cui gli esseri umani sono causa è una strategia che prepara da sé il proprio fallimento. Se gli esseri umani non sono in grado di gestire in modo ponderato la dinamica del significato e il rapporto che con essa hanno il valore e il dover-essere, allora sarà stato inutile *ab ovo* discutere di diritto e tantomeno di consuetudine giuridica. Del resto, il rapporto tra dover-essere e significato è il medesimo che lega alla produzione di senso la libertà e la necessità che, per distinguersi dal potere, essa si dispieghi sempre attraverso processi di universalizzazione e di interpretazione relazionale delle implicazioni connesse ai comportamenti che la veicolano. Come per l'agire consuetudinario, la libertà non coincide con la materialità di quei comportamenti o con la loro rappresentazione linguistico-analitica, appunto con il gesto morfologicamente considerato, quanto piuttosto con la capacità di generare relazioni di senso e pragmatiche innovative e delle quali il comportamento in sé considerato è solo un *medium*. Più succintamente, può dirsi che la libertà non consiste nell'adottare determinati comportamenti ma nel perché li si assume e, quindi, nelle relazioni tra soggetto ambiente di cui essi sono il veicolo visibile, il *medium*. La relazione tra significato, trascolorare della consuetudine, anche attraverso la dialettica con la desuetudine, e libertà è un aspetto cruciale, generativo dell'esperienza giuridica, del senso del diritto. Essa at-

tiene non solo all'*abito* ma all'*abito a produrre abiti*, a creare mondo, aspetto nodale e genuino, tra l'altro, della dignità umana.

Riferimenti bibliografici

- Baggs, E. and A. Chemero 2021, Radical embodiment in two directions. *Synthese*, 198 (Suppl 9): S2175–S2190. <https://doi.org/10.1007/s11229-018-02020-9>
- Bertolino, R., 1987, Spunti metodologici per una dottrina della consuetudine nel diritto canonico, in Studi in memoria di Pietro Gismondi, I, Milano.
- Bobbio, N., 2010, *La consuetudine come fatto normativo*, Giappichelli, Torino.
- Calamandrei, P. 1955, *Discorso sulla Costituzione*, Milano 26 gennaio 1955, la cui trascrizione è consultabile al sito <https://www.comune.lecco.it/index.php/auto-genera-dal-titolo/allegati-news-comune/2018-1/12132-discorso-ai-giovani-sulla-costituzione-piero-calamandrei-1955/file>
- Canale, D., 2008, *Paradossi della consuetudine giuridica*, in Zorzetto S. (a cura di), *La consuetudine giuridica. Teoria, storia, ambiti disciplinari*, ETS, Pisa.
- Canale, D., 2019, *Consuetudine, norma di riconoscimento, normatività ovvero Deleuze e il problema della ripetizione*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, XIX.
- Carlizzi G., Omaggio, V., 2016, *L'Ermeneutica Giuridica Tedesca Contemporanea*, ETS, Pisa.
- Celano, A., 2014, *Pre-convenzioni: un frammento dello Sfondo*, in *Ragion pratica*, 43.
- Coleman, J., 2003, *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, OUP, Oxford.
- Comotti, G., 1933, *La consuetudine nel diritto canonico*, Cedam, Padova.
- Conte, E., 2008, *Possedere l'uso. Profili oggettivi e soggettivi della consuetudine nel diritto comune*, in Zorzetto S. (a cura di), *La consuetudine giuridica. Teoria, storia, ambiti disciplinari*, ETS, Pisa.
- Crisafulli, V., 1959, *Atto normativo*, in *Enc. Dir.*, IV, Giuffrè, Milano.
- Crisafulli, V., 1960, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.* 779 ss.
- Danesi, M., 2012, The Languages of the Law: An Integrated View from Vico and Conceptual Metaphor Theory, in *Int J Semiot Law*, 25(1).
- Davidson, D., 1980, *Essays on Actions and Events* Clarendon Press, Oxford.
- Deleuze, G., 1997, *Differenza e ripetizione*, Raffaello Cortina, Milano.
- Dewey, J., 1924, *Logical Method and Law*, in *The Philosophical Review*, 33/6.
- Dewey, J., 1931, *Qualitative Thought*, in Id., *Philosophy and Civilization*, Minton Balch & Company, New York.
- Dewey, J., and A. F. Bentley, A. F. 1949, *Knowing and the Known*, Beacon Press, Boston.
- Dings, R., 2020 *Meaningful Affordances*, *Synthese*, 199, 2020: <https://doi.org/10.1007/s11229-020-02864-0>.
- Douskos, C., 2017, *Pollard on Habits of Action*, in *International Journal of Philosophical Studies*, 25, 4.
- Di Paolo, E., A. Cuffaro, C.E. and De Jaegher 2018, H., *Linguistic Bodies: The Continuity between Life and Language*, Cambridge, The MIT Press, MA – London.
- Di Paolo, E.A., 2021, *Enactive Becoming*. “Phenomenology and the Cognitive Sciences”, 20.
- Di Paolo and De Jaegher, H., 2022, *Enactive Ethics: Difference Becoming Participation*, “Topoi”, 41.
- Dyzenhaus, D., 1999, *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen and Hermann Heller in Weimar*, Oxford University Press, Oxford.

- Dyzenhaus, D., 2015, *Kelsen, Heller and Schmitt: Paradigms of Sovereignty Thought*, in *Theoretical Inquiries in Law*, 16(2)
- Dworkin, R., 1986, *Law's Empire*, Belknap Press, Harvard.
- Guala, F., 2009, *Esistono le convenzioni di Lewis?*, in *Rivista di Estetica*, 41, 141-159. <https://doi.org/10.4000/estetica.1863>.
- Hage, J., 2002, *Constructivist Facts as the Bridge Between Is and Ought*, in *Int J Semiot Law*, <https://doi.org/10.1007/s11196-022-09896-4>.
- Hart, H.L.A., 2012, *The Concept of Law*, OUP, Oxford.
- Heller, H., 1987, *Il concetto di legge nella Costituzione di Weimar*, in Id., *La sovranità e altri scritti sulla dottrina del diritto e dello Stato*, Giuffrè, Milano.
- Heller, H., 1998, *Stato di diritto o dittatura?*, in Id., *Stato di diritto o dittatura?*, a cura di U. Pomarici, ESI, Napoli.
- Heritier P., 2020, *Vico's "Scienza Nuova": Sematology and Thirdness in the Law*, in *Int J Semiot Law*, 33.
- Honneth, A., 2014, *Freedom's Right: The Social Foundations of Democratic Life*, Polity Press. Cambridge. Kindle edition.
- Kelsen, H., 1966, *Dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino.
- Kevelson, R., 1993, *Peirce's Aesthetics of Freedom: Possibility, Complexity, and Emergent Value*, Peter Lang, New York et al.
- Kirkegaard, S., 2012, *La ripetizione*, BUR – Rizzoli, Milano.
- Lagi, S., 2020, *Un bene purché... Hermann Heller e il pluralismo*, in *Ordines*, 2.
- Leone, M., (a cura di) 2017, 'Aspettualità/Aspectuality', *LEXIA*, 27-28, 2017,
- Lewis, D., 2002, *Convention: A Philosophical Study*, Blackwell, Oxford – Malden (MA).
- Määttänen, P., 2010, "Habits as Vehicles of Cognition", in M. Bergman, M. et al. (Eds.), *Ideas in Action: Proceedings of the Applying Peirce Conference*, Nordic Studies in Pragmatism 1, Nordic Pragmatism Network, Helsinki.
- Mackie, J. L., 1977, *Ethics: Inventing Right and Wrong*: Penguin Books, Harmondsworth.
- MacCormick, N., 1997, *Natural Law and the Separation of Law and Morals, and The Ideal and the Actual of Law and Society*, In Id., *Law, Values and Social Practices*, ed. by J. Tasioulas, Aldershot 1997, Dartmouth, 105 ss.;
- Merkel, A., 1987, *L'immodificabilità delle leggi, principio normologico*, in Id. *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, Giuffrè, Milano.
- Nonaka, T., 2020, *Locating the Inexhaustible: Material, Medium, and Ambient Information*, in *Frontiers in Psychology*, <https://doi.org/10.3389/fpsyg.2020.00447>.
- Passerini Glazel, L., 2005, *La forza normativa del tipo. Pragmatica dell'atto giuridico e teoria della categorizzazione*. Quodlibet, Macerata.
- Pellegrino, P., 1995, *L'«animus communitatis» e l'«adprobatio legislatoris» nell'attuale dottrina canonistica della consuetudine antinomica*, Giuffrè, Milano.
- Pollard, B., 2006, *Explaining Actions with Habits, in American Philosophical Quarterly*, 43, 1.
- Pollard, B., 2006b, *Action, Habit and Constitution*, in *Ratio* 19, 2.
- Puchta, G.F., 1828, *Das Gewohnheitsrecht*, I, Erlangen, Palm, 1828.
- Putnam, H., 1992, *Realism with A Human Face*, Harvard University Press, Cambridge (MA) – London.
- Putnam, H., 1994, *Pragmatism and Moral Objectivity*, in H. Putnam. *Words and Life*, ed. by James Covenant, Harvard University Press, Cambridge (MA) – London.
- Raz, J., 1975, *Practical Reason and Norms*, Hutchinson & Co., London 1975.
- Ricca, M., 1996, *Legge e intesa con le confessioni religiose. Sul dualismo tipicità/atipicità nella dinamica delle fonti*, Giappichelli, Torino.

- Ricca, M., 2020, *Otherness, Elsewhere, and the 'Ecology' of Law's Implications: The semiotic oceans surrounding legal signification and its discriminatory exteriority/objectivity*, in *International Journal of Legal Discourse*, 5(2).
- Ricca, M., 2022, *The 'Spagbettification' of Performativity Across Cultural Boundaries: The Trans-culturality/Trans-Spatiality of Digital Communication as an Event Horizon for Speech Acts*, in *Int J Semiot Law*, 2022. <https://doi.org/10.1007/s11196-021-09880-4>.
- Ricca, M., 2022b, *Perpetually Astride Eden's Boundaries, The Limits to the 'Limits of Law' and the Semiotic Inconsistency of 'Legal Enclosures'*, in *Int J Semiot Law.*, 35, 179–229.
- Ricca, M., (in corso di pubblicazione), *How to Undo (and Redo) Words with Facts: A Semio-enactivist Approach to Law, Space and Experience*, in *Int J Semiot Law*.
- Romano Giacomazzo, G., 1983, *La consuetudine nella dottrina canonica classica*, Cedam, Padova.
- Searle, J. 1995, *The Construction of Social Reality*, The Free Press: New York.
- Ross, A., 1929, *Theorie der Rechtsquellen. Ein Beitrag zur Theorie des positiven Rechts auf Grundlage dogmenhistorischer Untersuchungen*, Deuticke, Leipzig – Wien (ripubblicato, più di recente, da Scientia Verlag, 1989).
- Searle, J., 2001, *Rationality in Action*, The MIT Press, Cambridge, MA – London.
- Stravopoulos, N., 2001, *Hart's Semantics*, in J. Coleman (ed.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law*, OUP, Oxford – New York.
- Testa, I. and Caruana, F., 2020. *Habits: Pragmatist Approaches from Cognitive Science, Neuroscience, and Social Theory*, CUP, New York.
- Tuzet, G., 2019, *Preface*, in C. Tiercelin, *Pragmatism and Vagueness: The Venetian Lectures*, Mimesis International: Milano – Udine.
- Walter, F., 1822, *Lehrbuch des Kirchenrechts aus den neuen und älteren Quellen bearbeitet*. 2. sehr veränderte Aufl., Adolf Marcus, Bonn.
- Walter, F., 1833, *Lehrbuch des Kirchenrechts aller christlichen Confessionen*. 6. Aufl., Adolf Marcus.
- West, D.E. and Anderson, M., 2016 (eds)., *Consensus on Peirce's Concept of Habit: Before and Beyond Consciousness*, Springer, Cham. Switzerland.
- Zorzetto, S., (a cura di) 2008, *La consuetudine giuridica. Teoria, storia, ambiti disciplinari*, ETS, Pisa.