

Paolo Di Lucia\*

*Il mistero della consuetudine.*

*Rileggendo Bobbio filosofo della normatività\*\**

Radici: oscure immagini dei rami.<sup>1</sup>

*Amedeo Giovanni Conte*

[...] *nur beschreiben kann man hier.*<sup>2</sup>

[...] qui si può solo descrivere.

*Ludwig Wittgenstein*

*Parole chiave:* consuetudine, Norberto Bobbio, fatto normativo, costume, diritto, normatività,

*Abstract:* This essay aims to investigate the theory of customary law formulated by the Italian philosopher Norberto Bobbio in the book *La consuetudine come fatto normativo* (1942). In the first part, the author of the essay reconstructs the main theses of Bobbio's book and deepens its philosophical and doctrinal context. In the second part, the author of the essay questions the epistemological status of Bobbio's theory (What is Bobbio's theory of customary law of?) and asks himself, in the light of Bobbio's main theses, whether it is possible to investigate the normativity of customary law using the categories and concepts of statutory law and legislative law.

*Keywords:* Custom, Norberto Bobbio, normative fact, custom, law, normativity.

\* Paolo Di Lucia, Professore ordinario di Filosofia del diritto all'Università Statale di Milano.

\*\* Il presente saggio rielabora l'omonimo intervento svolto in occasione del webinar *Nuove prospettive sulla consuetudine* (27-28 novembre 2020), organizzato da Giovanni Bombelli e Paolo Heritier. Oltre agli organizzatori del webinar e a tutti partecipanti, desidero esprimere la mia gratitudine in special modo a Ignasi Terradas Saborit e Lorenzo Passerini Glazel per i loro preziosi commenti ad una precedente versione di questo articolo. Ringrazio, inoltre, la famiglia Bobbio e Pietro Polito, Direttore del Centro studi Piero Gobetti di Torino, per avere consentito la consultazione dell'Archivio Norberto Bobbio, e Marina Brondino per la sua gentile collaborazione nella consultazione dei testi e dei documenti.

1 Amedeo Giovanni Conte, *Specchi dei rami*, in Amedeo Giovanni Conte, *Kenningar*, Bari, Adriatica Editrice, 2006 (p. 35).

2 Ludwig Wittgenstein, "Bemerkungen über Frazers *The Golden Bough*", *Synthese* 17 (1967), pp. 233-253 (p. 236).

**Teoria e Critica della Regolazione Sociale**, n. 2, 2021 • Mimesis Edizioni, Milano-Udine Web: [www.mimesisjournals.com/ojs/index.php/tcrs](http://www.mimesisjournals.com/ojs/index.php/tcrs) • ISSN (online): 1970-5476 • ISBN: 9788857597379 • DOI: 10.7413/19705476065

© 2021 – MIM EDIZIONI SRL. This is an open access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution License (CC-BY-4.0).

## 1. Radici della normatività

Nell'opera *Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes* [I fondamenti a priori del diritto civile], 1913, a lungo studiata dal giovane Bobbio, Adolf Reinach propone una “delimitazione di principio” tra due forme di normatività che sono attestate dalla nostra esperienza ed esemplificate, rispettivamente, dalle norme della moralità (*Sittlichkeit*) e dalle norme statuite del diritto positivo (*positives Recht*). Da un lato, vi sono norme morali che sono fondate sulla giustezza etica (*sittliche Rechtheit*) di stati-di-cose:

Poiché qualcosa è eticamente giusto, *deve essere* e, se sono date determinate ulteriori condizioni, allora *io lo devo fare*. Un tale dover essere e dover fare secondo il loro senso sussistono di per sé, indipendentemente dall'essere essi conosciuti o prodotti da una qualsiasi coscienza.<sup>3</sup>

Dall'altro lato, vi sono norme del diritto statuito che non potrebbero sussistere di per sé, e che per esistere presuppongono, invece, secondo la loro natura, una persona che le abbia emanate mediante un atto puntuale di statuizione (*Bestimmung*):

Se si vuole chiamare norma una statuizione, allora abbiamo in questo caso norme che presuppongono una persona come origine e come portatore.<sup>4</sup>

Una statuizione è, secondo Reinach, un atto *sociale* che per sua natura necessita di essere indirizzato ad un'altra persona e da quest'ultima percepito.<sup>5</sup> Inoltre, una statuizione rientra in quella specifica categoria di atti sociali che manifestano una peculiare efficacia (*Wirksamkeit*) e validità (*Geltung*). Così come le promesse (*Versprechungen*), anche le statuizioni (*Bestimmungen*) sono

3 Reinach 1913: 804. “Es gibt “Normen”, welche fundiert sind in der sittlichen Rechtheit von Sachverhalten. Weil etwas sittlich recht ist, *soll es sein*, und wenn bestimmte weitere Voraussetzungen gegeben sind, *soll ich es tun*. Ein solches Seinsollen und Tunsollen besteht seinem Sinne nach an sich, unabhängig von der Erkenntnis oder der Setzungirgendeines Bewußtseins.”

4 Reinach 1913: 804. “Will man die Bestimmung als Norm bezeichnen, so haben wir hier Normen, welche eine Person als Ursprung und Träger zur Voraussetzung haben.” Cfr. Di Lucia, 2016; Passerini Glazel 2020b. Come sottolinea Passerini Glazel (2020b: 30), la distinzione di Reinach non è semplicemente una distinzione tra due specie di entità che appartengono a un medesimo genere: “Despite the fact that the term ‘norm’ may apply to both moral norms and enacted norms, they are not congeneric in Reinach’s account, because they have two different – even though both objective – modes of existence”. Inoltre, come sostiene ancora Passerini Glazel, la distinzione fenomenologica di Reinach ha delle importanti ripercussioni sull'epistemologia delle norme e dei contenuti normativi da esse espressi. La distinzione di Reinach tra due ordini di fenomeni normativi (axiologici e anaxiologici) è ripresa e sviluppata dal filosofo alsaziano Herbert Spiegelberg (1935, 1968). Sulla filosofia della normatività di Spiegelberg cfr. Di Lucia 1997: 41 ss.

5 Cfr. Alves 2017.

atti spontanei e intenzionali del soggetto che, da un lato, “vogliono causare ed eventualmente causano con il loro compimento un cambiamento nel mondo”<sup>6</sup>, dall’altro lato, vogliono “valere per un ambito più grande o più ristretto di persone”.<sup>7</sup>

## 2. Il libro di Bobbio sulla consuetudine.

Non è improprio affermare che la delimitazione delle due forme di normatività appena menzionate – la normatività *axiologica* delle norme morali e la normatività *anaxiologica* (e *thetica*) delle statuizioni – costituisca il punto di partenza della ricerca sul diritto consuetudinario che Norberto Bobbio intraprende sul finire degli anni ’30, e che sfocia nella pubblicazione del libro *La consuetudine come fatto normativo* (1942).<sup>8</sup>

Ciò che Bobbio mette in evidenza, tuttavia, è che l’esperienza giuridica attesta l’esistenza di norme – studiate dai giuristi e dai filosofi del diritto sotto il nome di ‘norme consuetudinarie’ – che sembrano essere la manifestazione di un’*altra* forma di normatività, non assimilabile né alla normatività *axiologica* delle norme morali né alla normatività *anaxiologica* (e *thetica*) delle statuizioni: una normatività *altra* il cui statuto epistemologico e ontologico deve essere indagato secondo principi propri (*iuxta propria principia*).

Il libro nel quale Bobbio si occupa del diritto consuetudinario è la sua quarta opera a stampa, dopo le prime due dedicate alla fenomenologia del diritto e della scienza giuridica (*L’indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*, 1934; *Scienza e tecnica del diritto*, 1934) e dopo il volume sul ragionamento per analogia (*L’analogia nella logica del diritto*, 1938).

Nel 2010, dopo essere stato a lungo discusso nell’ambito della dottrina giuridica italiana, il libro di Bobbio sulla consuetudine è stato riedito, a distanza di più di cinquant’anni dalla pubblicazione, nella collana *Bobbiana* diretta da Tommaso Greco, con una introduzione di Paolo Grossi.

*La consuetudine come fatto normativo* è composto da nove capitoli che possono essere raggruppati in tre nuclei tematici. Nel presente articolo, dopo aver riassunto i principali temi e le principali tesi di Bobbio (§§ 3-5), proporrò alcune riflessioni a partire dalle domande che la recente rilettura del testo di Bobbio ha suscitato in me (§§ 6-8).

6 Reinach 1913: 808. “Die Bestimmung aber gehört darüber hinaus, im Gegensatz zu Urteil und Frage, zu den “wirksamen” Akten, d.h.- zu den Akten, durch ihren Vollzug in der Welt eine Veränderung bewirken wollen und eventuell bewirken.”

7 Reinach 1913: 808. “[...] Es liegt vielmehr im Sinne einer Bestimmung, daß sie “gelten” will für einen größeren oder kleineren Umkreis von Personen.”

8 Alla filosofia di Reinach Bobbio aveva rivolto la propria attenzione fin dall’inizio degli anni ’30 del XX secolo, quando, già laureato in Giurisprudenza, si apprestava a redigere una tesi di laurea in Filosofia, a Torino, sotto la guida di Annibale Pastore. Cfr. Di Lucia 2018: XVII. Sulla rilevanza della figura di Reinach per la propria formazione filosofica ha scritto lo stesso Bobbio 1996: 123.

### 3. Verso una teoria dei fatti normativi (capitoli I-III)

3.1. Nei primi tre capitoli del libro del 1942, Bobbio ricostruisce i fattori che hanno determinato l'oblio della consuetudine come fonte del diritto, e pone le fondamenta di una teoria dei fatti normativi che possa rendere conto della consuetudine come fonte autonoma di normatività.

Si riconoscono in questi primi capitoli alcuni motivi che ritorneranno nel corso dell'intera opera: dalla critica alle concezioni giuridiche statualistiche ("al di fuori dello stato non vi sono norme giuridiche") e legalistiche ("al di fuori della legge non vi sono nello stato regole giuridiche vere e proprie") alle istanze di rinnovamento della teoria del diritto nel segno di una maggiore apertura verso l'esperienza giuridica; dalla constatazione della permanente attualità del problema delle fonti del diritto ("i pilastri su cui poggia l'ordinamento") all'impegno a costruire una *teoria delle fonti del diritto* che possa competere, per "impiego di mezzi" e per "larghezza di vedute", con la più nota *teoria del negozio giuridico*.<sup>9</sup>

Alle concezioni del diritto statualistiche e legalistiche, Bobbio oppone – come si è detto – una visione del diritto più aperta all'"esperienza giuridica".

In Bobbio, il sintagma 'esperienza giuridica' designa:

il mondo delle *azioni che costituiscono il diritto*, il diritto visto non più nella sua struttura oggettiva ma nel suo costituirsi.<sup>10</sup>

Alla luce del concetto di "esperienza giuridica" Bobbio interpreta due tra le maggiori "scoperte" della teoria del diritto del primo Novecento: il pluralismo degli *ordinamenti* e il pluralismo delle *fonti*.

Dall'allargarsi della visuale al di là degli stretti confini della dottrina statualistica e legalistica, che è il risultato più tangibile "verso l'esperienza", sono derivati tanto il *pluralismo degli ordinamenti* – l'esperienza giuridica non si esaurisce nella statualità, ma si estende a tutto il mondo sociale –, quanto il *pluralismo delle fonti* – l'esperienza giuridica non termina con il diritto legislativo ma si moltiplica per mezzo di altri fatti capaci di produrre regole obbligatorie (corsivo mio).<sup>11</sup>

9 Bobbio 2010[1942]: 18. Bobbio osserva che "nel problema delle fonti non si tratta di interpretare, ma di costruire; non ci sono leggi già bell'e fatte da commentare, o eventualmente, pur di raggiungere il fine, da eludere, ma ci sono fenomeni in largo senso sociali, apparentemente diversi e di fatto lontani da raggruppare secondo le somiglianze, da ravvicinare secondo le implicazioni, in una parola da teorizzare". Il libro di Bobbio è anteriore alla promulgazione del Regio Decreto (16 marzo 1942), con il quale l'Italia ha disciplinato le fonti del diritto (i nove articoli delle "Disposizioni sulla Legge in generale"). All'epoca in cui Bobbio scriveva, era ancora in vigore il Codice civile del 1865. L'art. 48 delle Disposizioni transitorie per l'attuazione del Codice civile del regno d'Italia (Regio Decreto 30 novembre 1865, n. 2606) aveva previsto all'art. 48 che: "Nelle materie che formano soggetto del nuovo codice, cessano di avere forza dal giorno dell'attuazione del medesimo tutte le altre leggi generali o speciali, come pure gli usi e le consuetudini, a cui il codice stesso espressamente non si riferisca."

10 Bobbio 2010[1942]: 10.

11 Bobbio 2010[1942]: 10.

A chi si appresti a studiare le fonti della normatività e del diritto Bobbio rivolge due avvertimenti metodologici. Il primo consiste nella raccomandazione di “abbracciare il più largo campo possibile di esperienza giuridica”.<sup>12</sup> Ciò implica, secondo Bobbio, “un’evasione dai limiti di un ordinamento giuridico particolare” per poter osservare le fonti “allo stato puro”<sup>13</sup>:

ogni concreto ordinamento risulta in genere da una stratificazione di diritti diversi, in cui le varie fonti storiche sono in parte eliminate e in parte subordinate alla fonte primaria, e in cui quindi lo studio delle fonti si riduce soprattutto al problema del rapporto tra le varie fonti residue all’interno dell’ordinamento e trascura ciò che dovrebbe essere il presupposto della ricerca, cioè il concetto stesso di fonte.<sup>14</sup>

Il secondo avvertimento metodologico di Bobbio consiste nell’invito ad abbandonare, nello studio delle fonti del diritto, la prospettiva della singola norma e di abbracciare una concezione del diritto come *ordinamento*:

La teoria delle fonti, una volta svincolata dal presupposto dell’ordinamento unico, non [deve] trascurare l’esistenza dell’ordinamento stesso. Il diritto non è una regola astratta, ma è posto e vige in funzione di un’organizzazione sociale; quindi, è quel complesso o sistema di regole attraverso cui una pluralità di individui si salda in una società organizzata. Non si può proporre il problema delle fonti senza affidarsi al presupposto che alle fonti in quanto costitutive di norme giuridiche, risalga la costituzione dell’ordinamento stesso.<sup>15</sup>

Da questo secondo avvertimento metodologico si possono evincere due aspetti salienti della teoria del diritto di Bobbio del 1942 che rimarranno costanti anche dopo l’adesione di Bobbio alla concezione normativistica kelseniana, avvenuta a partire dal 1949.<sup>16</sup>

12 Bobbio 2010[1942]: 18.

13 Secondo Bobbio (2010[1942]: 100), soltanto una teoria della consuetudine “allo stato puro” (ossia “liberata da tutte le sovrastrutture storiche e dottrinali”), consentirebbe di cogliere in essa un *universale giuridico*: “non un episodio contingente della vicenda storica del diritto, ma un fattore universale sempre ricorrente, dallo studio del quale la stessa vicenda storica può essere illuminata e la teoria del diritto arricchita di nuovi dati e problemi”.

14 Bobbio 2010[1942]: 18. Nell’invito di Bobbio ad evadere i “limiti di un ordinamento giuridico particolare” è implicito il suggerimento di rivolgere lo sguardo al di là degli ordinamenti giuridici *dello stesso tipo* (gli ordinamenti giuridici *statali*) per osservare una pluralità di ordinamenti normativi *di tipo diverso*, come gli ordinamenti normativi delle società tradizionali e l’ordinamento normativo del diritto internazionale.

15 Bobbio 2010[1942]: 19. L’importanza della prospettiva “ordinamentale” è chiara a Bobbio già nelle lezioni padovane di Bobbio degli anni accademici 1940-1941 e 1941-1942, raccolte dagli studenti e pubblicate in forma di dispensa, rispettivamente, nel 1941 e nel 1942. In queste ultime lezioni Bobbio (1942: 131) enumera quattro grandi problemi della teoria del diritto: 1. Il problema dell’ordinamento (“inteso come società umana giuridicamente organizzata”); 2. Il problema delle fonti del diritto; 3. Il problema della norma giuridica; 3. Il problema del diritto soggettivo. Sull’insegnamento padovano di Bobbio, rinvio ai saggi di Cianferotti 2005, Zaccaria, 2010, Losano 2018: 92.

16 Sul rapporto tra Bobbio e Kelsen la letteratura è assai vasta. Mi limito a rinviare alla recente ricostruzione di Losano 2018.

Da un lato, accanto ai *concetti giuridici* e al *concetto di giuridicità*, Bobbio introduce il *concetto di ordinamento giuridico*, ricollegandosi alla tradizione istituzionalistica italiana. Per usare la felice analogia di Amedeo Giovanni Conte:

[c]ome, oltre l'insieme degli *alberi* e l'*alberità* v'è un *tertium quid*: la *foresta* (la *foresta* non è né un *albero*, né quell'*alberità* che gli alberi connota), così, oltre l'insieme dei *singoli concetti giuridici* ed il *concetto stesso di giuridico* (il *concetto di giuridicità*), v'è, e irriducibile, un *tertium quid*: il *concetto di ordinamento giuridico*.<sup>17</sup>

Dall'altro lato, Bobbio sottolinea la funzione del diritto di “organizzare la società”, anticipando il nucleo della critica che egli muoverà alla definizione del diritto come insieme di regole che “organizzano l'uso della forza”.<sup>18</sup>

3.2. La teoria delle fonti del diritto elaborata da Bobbio si presenta come una teoria di *fatti normativi*. La scelta lessicale di chiamare ‘fatti normativi’ ciò che la dottrina tradizionale chiamava ‘fonti del diritto’, rende manifesta la volontà di Bobbio di escludere dalla ricerca ogni possibile riferimento alla dimensione *axiologica* dei principi e dei valori sottesi alle norme e agli ordinamenti normativi.

Parlando di *fatti* si esclude anzitutto, senza bisogno di ulteriori precisazioni, che sotto il concetto di fonte possano essere accolti i principi, le idee generali, i valori cui le norme si ispirano o pretendono ispirarsi.<sup>19</sup>

A conferma dell'orientamento positivistico della sua ricerca, Bobbio è interessato a descrivere la molteplicità e l'eterogeneità dei *fatti sociali* da cui le norme scaturiscono (i modi di formazione delle norme), non già il *fondamento ideale* di esse (la loro giustizia o giustezza), né tanto meno l'*esperienza vissuta* di coloro che ad esse obbediscano (il sentimento eventuale della loro obbligatorietà).

Scrivendo Bobbio:

[...] quando io dico “devo pagare il mio debito, perché è giusto”, la giustizia rappresenta qui il fondamento della mia obbligazione, indipendentemente dal fatto che il principio ideale sia tradotto in norma positiva; quando io, all'incontro dico “devo pagare il mio

17 Conte 1997: 353. Come sottolinea Conte (1997: 354 ss.), altro è la *teoria del diritto come ordinamento* di matrice istituzionalistica, altro è la *teoria dell'ordinamento giuridico* di matrice normativistica.

18 Il punto sarà ripreso da Bobbio nella *Teoria dell'ordinamento giuridico* (1960, 1993: 199): “La definizione del diritto come insieme di regole per l'esercizio della forza, è una definizione del diritto [...] estremamente limitativa. [...] Lo scopo di un qualsiasi legislatore non è di organizzare la forza, *ma di organizzare la società mediante la forza*. La definizione del Kelsen e del Ross appare limitativa anche rispetto all'ordinamento giuridico preso nel suo complesso, perché scambia la parte per il tutto, lo strumento col fine.”

19 Bobbio 2010[1942]: 21. La fonte immediata di Bobbio del concetto di fatto normativo è il sociologo Georges Gurwitsch (1894-1965), il quale a sua volta rielabora il concetto di fatto normativo (*normativnyj fakt*) di León Petrazycki (1867-1931). Su Petrazycki cfr. Fittipaldi 2012: 38 ss.

debito perché è scritto nella legge” mi richiamo a quel *fatto sociale*, attraverso cui è stata posta una norma obbligatoria, indipendentemente dal fatto che il fondamento della mia obbligazione sia davvero racchiuso in quel fatto e non risalga invece ad un principio, a cui io eventualmente obbedisca all’interno della mia coscienza (corsivo mio).<sup>20</sup>

Un fatto normativo è dunque un *fatto sociale*, empiricamente osservabile, le cui proprietà specifiche sono indagate da quella specifica scienza *sociale* che è la scienza giuridica la quale, secondo Bobbio, esplica la sua funzione

nella teorizzazione dei dati forniti dall’osservazione, fissandoli in concetti, raccogliendoli in classi, unificandoli in sistema per costruire una teoria o un gruppo di teorie valevoli a spiegar meglio una certa categoria di fenomeni osservati o a spiegarne il maggior numero.<sup>21</sup>

### 3.3. Ma quali e quanti sono i fatti normativi secondo Bobbio?

La tipologia dei fatti normativi elaborata da Bobbio si fonda su due distinti paradigmi concettuali.

3.3.1. Il primo dei due paradigmi è elaborato a partire dalla distinzione tra due *specie di norme*: norme *individuali* e norme *generali*.

Sulla base di questa distinzione Bobbio contrappone ai fatti costitutivi di *norme individuali* i fatti costitutivi di *norme generali*.

Mentre i primi sono costitutivi di norme che si riferiscono a *persone determinate* (es. contratti e sentenze), i secondi sono costitutivi di norme che si riferiscono a *classi di persone* rappresentanti *un tipo* (leggi e consuetudini).

Per Bobbio, appartengono alla *regione dei fatti normativi* anche quei fatti, come la sentenza e il contratto, che a differenza della legge e della consuetudine, sono costitutivi di norme *individuali*. Secondo Bobbio, infatti, la generalità (“la riferibilità della norma ad una classe di persone rappresentanti un tipo”) non è un requisito essenziale della norma, quantunque sia un elemento costante.<sup>22</sup> È invece, per Bobbio, un requisito essenziale della norma la sua astrattezza (“la riferibilità a una classe astratta di azioni”).

20 Bobbio 2010[1942]: 21. In Bobbio ricadono sotto il concetto di *fatto sociale* sia gli “atti normativi” sia i “fatti propriamente detti”.

21 Bobbio 2010[1942]: 17.

22 Bobbio 2010[1942]: 25-26. La questione della *generalità* e dell’*astrattezza* della norma è un *tópos* delle lezioni di Bobbio filosofia del diritto durante gli anni accademici 1939-1940, 1940-41, 1941-42. Sugli slittamenti semantici del termine ‘norma’, Bobbio richiamerà l’attenzione in modo sistematico nella voce *Norma* del *Novissimo Digesto* 1965 [1994]. Cfr. Di Lucia e Passerini Glazel 2017. Per uno sguardo di insieme su astratto, generale, individuale, concreto, in relazione a norme, cfr. Guastini 1993.

3.3.2. Il secondo dei due paradigmi è elaborato a partire dalla distinzione tra due *modi di formazione* delle norme: i) un modo di formazione *volontario* e *coscientemente* e ii) un modo di formazione *involontario* e *incoscientemente*.

Sulla base di questa seconda distinzione Bobbio contrappone ai fatti normativi *volontari* e *coscienti* i fatti normativi *involontari* e *incoscienti*.

Il criterio adottato da Bobbio per costruire il secondo dei due paradigmi è la presenza o l'assenza di un *atto di volontà* consapevole e diretto alla costituzione della norma.

Da un lato, vi sono “atti normativi” che producono una norma in virtù di un atto di volontà consapevole e diretto alla costituzione della norma. Dall'altro lato, vi sono “fatti normativi propriamente detti” che producono una norma indipendentemente da qualsiasi atto di volontà consapevole e diretto alla costituzione della norma.<sup>23</sup>

Per Bobbio appartengono pertanto alla regione dei fatti normativi anche quei fatti *involontari* e *incoscienti* la cui forza costitutiva prescinde da atti di volontà.

Il risultato della combinazione dei due paradigmi elaborati da Bobbio può essere rappresentato graficamente attraverso una tabella in cui i due paradigmi si combinano: il *paradigma* “fatti costitutivi di norme *individuali* vs. fatti costitutivi di norme *generali*” e il *paradigma* “fatti normativi *volontari* e *coscienti* vs. fatti normativi *involontari* e *incoscienti*”.

	fatti costitutivi di <i>norme individuali</i>	fatti costitutivi di <i>norme generali</i>
fatti volontari e <i>coscienti</i>	contratto, sentenza	legge
fatti <i>involontari</i> e <i>incoscienti</i>		consuetudine

3.4. Vediamo quali sono le principali implicazioni della tipologia dei fatti normativi di Bobbio per l'analisi della realtà sociale e giuridica.

In *primo luogo*, la tipologia dei fatti normativi elaborata da Bobbio consente di indagare la genesi e l'evoluzione delle *entità* e delle *formazioni sociali*. Da un lato, egli prefigura la tesi – documentata nella più recente teoria dei fatti istituzionali – secondo la quale la presenza di *fatti costitutivi di norme generali* costituisce indizio e indice di un'organizzazione sociale evoluta che presuppone l'esistenza di autorità *istituzionali* o, per usare il linguaggio di Searle, l'esistenza di *funzioni-di-status*.<sup>24</sup>

Scrive Bobbio:

[...] le norme generali richiedono una maggiore concentrazione di autorità, la quale non può verificarsi se il gruppo primitivo non sviluppa alcuni germi di una organizzazi-

23 Bobbio 2020[1942]: 25.

24 Searle 1995 2010.

one sociale: è chiaro che, se generalità vuol dire riferibilità della norma ad una classe di persone, che possono essere anche tutte le persone del gruppo, e per un tempo indeterminato, che può andare al di là della vita di un individuo e comprendere quindi gli individui futuri, occorre nel gruppo un'autorità superiore a quella di cui un singolo individuo ha bisogno per imporre la propria volontà ad un altro individuo.<sup>25</sup>

Dall'altro lato, Bobbio configura l'ipotesi che nella storia evolutiva dell'essere umano, i primi fatti istituzionali (costitutivi di norme generali) abbiano carattere *involontario e incosciente*.<sup>26</sup>

In *secondo luogo*, la tipologia dei fatti normativi elaborata da Bobbio dischiude la possibilità di enunciare le condizioni necessarie dell'istituirsi di un ordinamento giuridico. Per Bobbio, infatti, se da un lato sarebbe erroneo “escludere dal novero delle fonti i fatti costitutivi di norme *individuali*”, sarebbe altrettanto erroneo “porre gli uni [i fatti costitutivi di norme *individuali*] e gli altri [i fatti costitutivi di norme *generali*] sullo stesso piano”.<sup>27</sup>

Affinché un ordinamento sussista, non è sufficiente che “tra i membri valgano norme *individuali*”, ma è necessario che “sopra i membri vigano norme *generali*”.<sup>28</sup> Scrive Bobbio:

Due uomini che contrattano e stanno ai patti non fanno ordinamento, e se non stanno ai patti e vanno dal giudice, loro due e il giudice non fanno ancora ordinamento: la caratteristica dell'ordinamento, per cui una società è organizzata e non una somma di individui, è la persistenza, al di sopra dei singoli componenti, di una regola o di un complesso di regole, persistenza appunto punto che si esprime nell'efficienza di norme generali. Il *contratto* e la *sentenza* si esauriscono nell'individuo, nascono e muoiono con lui; l'ordinamento sussiste anche se muore l'individuo; purché rimanga la *regola* a cui altri individui per il solo fatto di appartenere a quell'ordinamento si sottometteranno (corsivo mio).<sup>29</sup>

Dalla “necessità” di *fatti costitutivi di norme generali* Bobbio trae una importante conseguenza per la teoria della validità delle norme:

Di qui deriva la validità subordinata delle seconde [le norme individuali], le quali valgono soltanto per il fatto di essere riferite ad una norma generale: perciò il mio obbligo contrattuale è un obbligo giuridicamente efficiente, se a guisa di norma costitutiva dell'ordinamento è accolta la norma che i patti devono essere osservati, o, in altra ipotesi è giuridicamente fondato l'obbligo derivato da una decisione del giudice, se sussiste una norma generale che l'autorità del giudice debba essere ubbidita.<sup>30</sup>

25 Bobbio 2010[1942]: 26.

26 Sulla rilevanza dei fatti “involontari e incoscienti” nella costruzione della realtà sociale cfr. qualche breve cenno nella ontologia sociale di Searle 2003: 34.

27 Bobbio 2010[1942]: 26.

28 Bobbio 2010[1942]: 27.

29 Bobbio 2010[1942]: 27.

30 Bobbio 2010[1942], p. 28.

Il modello di ordinamento giuridico che Bobbio propone è riconducibile a ciò che Amedeo Conte ha chiamato “modello di ordinamento spaziale *a tre dimensioni*”.<sup>31</sup> In un modello di ordinamento spaziale *a tre dimensioni*, a differenza di ciò che accade in un “modello piano *a due dimensioni*”, si danno tra le norme relazioni gerarchiche di “sovra-ordinazione” e, correlativamente, di “subordinazione”. Bobbio sottolinea questo aspetto introducendo il concetto di una “differenza di grado” tra *norme generali* e *norme individuali* e, conseguentemente, una gerarchia di fatti normativi:

non vi è ordinamento giuridico che non conosca norme individuali, onde la necessità di prendere in considerazione, nella teoria delle fonti, anche i fatti costitutivi di norme individuali. Nessun ordinamento potrebbe costituirsi solo attraverso norme individuali, onde l'esigenza di stabilire una differenza di grado tra le une e le altre e di dar prevalenza, nella teoria delle fonti, ai fatti costitutivi di norme generali.<sup>32</sup>

#### 4. La consuetudine come fonte di normatività (capitoli IV-VI)

4.1. Nei tre capitoli centrali del libro del 1942 (capitoli IV, V, VI), una volta elaborato un apparato concettuale sufficientemente ricco ed articolato (una teoria dei fatti normativi), Bobbio può dedicarsi ad indagare più analiticamente il fenomeno della consuetudine come fonte di normatività.

L'attenzione di Bobbio si concentra, come si è visto, sulla consuetudine come fatto costitutivo di norme *generali*. Il fenomeno che egli indaga è la *posizione* di norme che, come vedremo, non sono il *prodotto* di atti spontanei e intenzionali di volontà, ma sono il *risultato* di un processo *involontario e incosciente*.

L'incidenza del fenomeno della consuetudine può manifestarsi, secondo Bobbio, in varie forme e modi, sia nel processo di formazione di una singola norma, sia nel processo di formazione di un intero ordinamento.

Bobbio osserva che, quantunque “altre fonti abbiano preso il sopravvento”, in ogni sistema giuridico “si incontrano situazioni o rapporti o istituti, a cui non si può rifiutare carattere giuridico, ma nello stesso tempo non sono assoggettabili alla disciplina della normale qualificazione normativa, nel senso che in essi il diritto pare sorgere immediatamente dal fatto”.<sup>33</sup> Tra queste “situazioni, rapporti, istituti” Bobbio annovera, accanto al tradizionale esempio del possesso, “il governo di fatto, la formazione dei nuovi stati, i modi di acquisto della sovranità internazionale”.

<sup>34</sup> La rilevanza di questa casistica è testimoniata, secondo Bobbio, dalla elaborazione di una tesi “giustificatrice e in parte favoreggiatrice” di questi fenomeni, nota come *principio di effettività*, secondo la quale “il fatto anteriormente ad ogni qualificazione formale viene riconosciuto come una forza costitutiva di diritto”.<sup>35</sup>

31 Conte 1997: 361 ss.

32 Bobbio 2010[1942]: 28.

33 Bobbio 2010[1942]: 35.

34 Bobbio 2010[1942]: 35.

35 Bobbio 2010[1942]: 35. Sul principio di effettività cfr. Piovani 1953, Conte 2011.

Come ulteriore manifestazione del processo di formazione spontanea del diritto, Bobbio menziona il caso della “instaurazione del nuovo ordinamento attraverso un processo rivoluzionario”. Qui l’analisi di Bobbio si spinge a considerare la genesi spontanea e fattuale di un intero ordinamento giuridico sottolineando le difficoltà che incontra una concezione formalistica e normativistica del diritto nel rendere conto di questo fenomeno. Scrive Bobbio:

Nessun teorico sarà mai in grado di dare una spiegazione normativa al problema che sta a fondamento di ogni sistema dommatico, il problema dell’instaurazione del nuovo ordinamento attraverso un processo rivoluzionario. Contro il concetto di rivoluzione, infatti, è andata continuamente a cozzare la scuola normativa, e non ha potuto far altro che constatare la propria incoerenza dal punto di vista teoretico, il che non ne sminuisce l’importanza pratica per il giurista, il quale ha bisogno di delimitare col massimo di esattezza i confini del proprio territorio, a scapito magari dell’istanza scientifica.<sup>36</sup>

Dall’*impasse* della concezione normativistica del diritto Bobbio deriva la necessità di definire con chiarezza i compiti dell’indagine teorica nel campo del diritto, distinguendo *due domande* fondamentali relative al diritto:

- i) “*che cosa vale come diritto nella sfera di dominio di quella determinata norma fondamentale*”;
- ii) “*che cosa è il diritto*”.

Per meglio comprendere questa importante distinzione bobbiana, riproduco per esteso il passo tratto dal libro del 1942, nel quale Bobbio riecheggia la celebre distinzione kantiana tra due domande relative al diritto: la domanda del filosofo (*quid ius*) e la domanda del giurista (*quid iuris*).<sup>37</sup>

Scrive Bobbio:

S’intende [...] che colui che mosso esclusivamente dall’interesse teoretico di una comprensione totale del fenomeno giuridico, miri al contenuto del diritto, non possa arrestarsi alla qualificazione formale, che è pur sempre ipotetica, e guardi al presupposto stesso del formalismo, in definitiva ai fatti di per sé stessi giuridici, vale a dire a quei fatti che portano in se stessi la ragione della loro giuridicità, e non rispondono più alla domanda: “*che cosa vale come diritto nella sfera di dominio di quella determinata norma fondamentale*”, ma direttamente a quest’altra: “*che cosa è il diritto*”; intorno alla quale domanda si sviluppa, direttamente e indirettamente, il presente lavoro, in cerca di una soluzione che, attraverso l’esame del diritto consuetudinario, si andrà via via chiarendo (corsivo mio).<sup>38</sup>

4.2. All’inizio del capitolo IV, Bobbio si domanda come sia possibile che la scienza del diritto abbia così a lungo e così pervicacemente trascurato l’analisi del

36 Bobbio 2010[1942]: 36.

37 Cfr. Conte/Di Lucia 2007.

38 Bobbio 2010[1942], p. 35. Per una ricerca relativa ai “fatti giuridici in sé”, nell’ambito della teoria e della sociologia del diritto, rinvio alle considerazioni ancora valide di Rottleuthner 1981.

fenomeno della consuetudine. In altri termini, come si spiega la cecità della scienza del diritto e della filosofia del diritto le quali perseverano nel considerare il diritto consuetudinario “un relitto di epoche giuridiche tramontate”?<sup>39</sup>

Accanto al pregiudizio derivante dalla concezione filosofica – che Bobbio chiama statual-legalistica – egli segnala un errore *epistemologico* che ha condizionato negativamente la possibilità di un’analisi adeguata del fenomeno della consuetudine nella sua complessità.

Il disconoscimento della normatività della consuetudine deriva principalmente, secondo Bobbio, da un “errore di prospettiva” che consiste nell’osservare la consuetudine come fonte di normatività “dal punto di vista di un’altra fonte accolta come primaria”.<sup>40</sup>

L’errore epistemologico denunciato da Bobbio trova una spiegazione plausibile in quella circostanza contingente che caratterizza il punto di vista del giurista moderno e contemporaneo sulla consuetudine, circostanza che consiste nella impossibilità di osservare la consuetudine “nella sua struttura originaria”.<sup>41</sup> Scrive Bobbio:

le dottrine sulla natura del diritto consuetudinario appartengono non già alla fase primitiva dell’evoluzione giuridica, ma ad una fase assai tarda della formazione scientifica del sistema, quando altre fonti meno irriflesse ed immediate hanno preso il sopravvento sulla consuetudine, ed essa, di conseguenza, osservata non nel suo valore originario, ma nel suo valore attuale, presenta vari fenomeni di cristallizzazione, di involuzione, di subordinazione, che conducono necessariamente a tentarne una svalutazione e fanno sentire il bisogno di appoggiarla a un qualche fondamento estrinseco.<sup>42</sup>

4.3. Come è possibile allora individuare le caratteristiche essenziali del fenomeno della consuetudine senza cadere nell’errore di prospettiva denunciato da Bobbio?

La soluzione di Bobbio consiste nel descrivere il meccanismo *ideal-tipico* di formazione del diritto consuetudinario nel suo momento aurorale, quando “nella fase primitiva dell’evoluzione giuridica” esso costituisce “la fonte primaria del diritto”.<sup>43</sup>

Allo sguardo con cui Bobbio osserva la consuetudine si addicono le parole con cui Claude Lévi-Strauss descrive lo sguardo dell’antropologo: da un lato, l’antropologo è tenuto a “guardare molto lontano, verso culture differenti da quelle dell’osservatore”, dall’altro lato, egli deve “guardare la propria cultura da lontano, come se egli stesso appartenesse a una cultura differente”.<sup>44</sup>

La descrizione di Bobbio si compie in due momenti.<sup>45</sup>

39 Bobbio 2010[1942]: 29.

40 Bobbio 2010[1942]: 40.

41 Bobbio 2010[1942]: 40. Un problema epistemologico analogo è sollevato da Rodolfo Sacco in relazione allo studio del “diritto muto”. Cfr. Sacco 1993 e 2005: 443.

42 Bobbio 2010[1942]: 40-41.

43 Bobbio 2010 [1942]: 31 ss.

44 Cfr. Lévi-Strauss, 2017: 51. Sul carattere controverso dei concetti di consuetudine e diritto consuetudinario nell’ambito antropologico rinvio a Bellucci 2012: 21 ss.

45 Di “analisi descrittiva” Bobbio parla esplicitamente cfr. Bobbio 2010[1942]: 31. Sulla

In un primo momento, egli contrappone il processo *ideal-tipico* che “coincide con il formarsi di una *tradizione*”; al processo *ideal-tipico* che coincide con “il formarsi di una *volontà dominante*, non importa se sia volontà collettiva, o di una classe, o di un principe”.

Talora – osserva Bobbio – i due processi vengono confusi, ma la loro differenza è essenziale:

la tradizione è *un fatto che si svolge nel tempo*, la *volontà dominante un atto puntuale*; la forza della tradizione è la sua origine immemorabile; la forza della volontà dominante, la sua attuale potestà di comando.<sup>46</sup>

In un secondo momento, Bobbio contrappone la *normatività ideal-tipica del diritto consuetudinario* – che si forma nell’ambito della società retta dalla *tradizione* – alla *normatività ideal-tipica del diritto legislativo* – che si forma nell’ambito della società retta da una *volontà dominante*.

4.4. In relazione al primo tipo di società – la società retta dalla tradizione nella quale il numero dei membri è “limitato” e nella quale la “qualità dei soggetti è omogenea” – sono possibili secondo Bobbio due domande. La prima domanda (di competenza del sociologo) è come sia possibile che si formi una *tradizione*. A Bobbio, in sede di teoria del diritto, non interessa rispondere a questa prima domanda. Al giurista e al filosofo del diritto non interessa, in altri termini, spiegare come una *tradizione* si formi, compito che rimane specifico del sociologo.

A Bobbio interessa, invece, porre una seconda domanda per far luce su come in una società fondata sulla tradizione “si formino le norme giuridiche”, o, in altri termini, per chiarire di quale natura siano, in una società fondata sulla tradizione, “le manifestazioni dell’autorità sociale, a cui noi attribuiamo la creazione di norme giuridiche”.<sup>47</sup>

La risposta di Bobbio a questa seconda domanda consiste nel descrivere il manifestarsi di una *normatività spontanea*: una *normatività* che opera *in assenza di atti di imposizione volontari e coscienti*.

4.5. Per comprendere il carattere *involontario* e *incosciente* del meccanismo ideal-tipico di formazione del diritto nelle società tradizionali è necessario soffermarsi sul concetto di involontarietà che Bobbio definisce a partire da una distinzione tracciata nell’ambito della dogmatica giuridica civilistica.<sup>48</sup>

Nel lessico della dogmatica giuridica, la volontà di un atto giuridico può essere considerata rilevante sotto due punti di vista differenti:

“descrizione” come *tertium genus* al di là (o al di qua), di “spiegazione” e “comprensione” cfr. Conte 1986.

46 Bobbio 2010[1942]: 31.

47 Bobbio 1939-1940: 35.

48 Sulla nozione di fatto giuridico nella teoria del diritto civile cfr. Falzea 1967 e Pugliatti 1996.

- i) come *volontà dell'atto*;
- ii) come *contenuto dell'atto*.

Nel primo caso si parla di un *atto volontario*, nel secondo caso si parla di un *atto di volontà*.

Quando Bobbio afferma che il processo di formazione del diritto consuetudinario è un fatto *involontario e incosciente*, egli non intende disconoscere la volontarietà (né tanto meno l'intenzionalità) dell'*atto* di colui che con il proprio comportamento individuale contribuisce di fatto a determinare quella "ripetizione costante, uniforme e generale di atti", in cui la creazione della norma consuetudinaria consiste. Ciò che Bobbio intende escludere è che quell'atto abbia come contenuto *la volontà di costituire (o imporre) quella norma* o, in altri termini, che la volontà contenuta nell'atto sia condizione sufficiente della creazione della norma consuetudinaria. Al contrario di ciò che accade nelle società rette dalla tradizione, nelle società che presentano un diritto di formazione legislativa la volontà, secondo Bobbio, è un elemento essenziale ("il *prius*") della formazione della norma.

Riporto per esteso il passo di Bobbio:

La norma consuetudinaria si forma indipendentemente dalla volontà dei singoli che pure hanno contribuito a costituirla: non c'è una volontà che imponga la norma consuetudinaria; bensì c'è una tradizione incosciente che finisce per imporsi alla volontà. [...] La volontà nella legge è il *prius*, nella consuetudine il *posterius*. In conclusione, la consuetudine non è un atto o un complesso di atti, ma è un fatto naturale che si svolge nel tempo.<sup>49</sup>

Bobbio si rende conto che parlare, a proposito della consuetudine, di un fatto "naturale" possa essere fonte di malintesi. Infatti, si affretta a precisare che:

la distinzione tra fatti ed atti, accolta dai giuristi e qui trasportata al problema delle fonti, non ha alcun valore speculativo ma meramente classificatorio e quindi non intende pregiudicare né tanto meno risolvere la questione, totalmente estranea, sulla naturalità o spiritualità del diritto.<sup>50</sup>

E aggiunge:

il diritto consuetudinario è stato classificato tra i fatti in contrapposizione agli atti, con l'avvertenza, che qui si vuole ripetere, che la distinzione tra fatti e atti non vuole spogliare una parte del diritto della sua origine umana e sprofondarlo in un oggettivismo naturalistico (l'attività dell'uomo sta anche alla base del processo consuetudinario), ma vuol soltanto avere valore classificatorio, non già dividendo quello che è indivisibile, l'essenza stessa del diritto, ma tracciando nel territorio dell'esperienza giuridica due recinti entro cui possa essere agevolata la raccolta di un materiale quanto mai vario e copioso.<sup>51</sup>

49 Bobbio 2010[1942]: 33.

50 Bobbio 2010[1942]: 25.

51 Bobbio 2010[1942]: 32.

4.6. Una volta circoscritto il ruolo della volontà nel processo di formazione della norma consuetudinaria (la consuetudine non è manifestazione di un *atto di volontà*, ma è il risultato complesso del compimento di una pluralità di *atti volontari*), Bobbio prende in considerazione anche la possibile obiezione secondo la quale la consuetudine non sia “un fatto naturale, ma anch’essa un atto, o meglio la risultante di una serie determinata di atti disseminati nel tempo”.<sup>52</sup>

Secondo questa obiezione, come osserva Bobbio, consuetudine e legge sarebbero:

entrambe l’espressione di un processo di unificazione di volontà singole. Con la sola differenza che, mentre la volontà costitutrice della legge è puntualizzata nel tempo, quella della consuetudine è continua, mentre la prima rende l’immagine di una serie spaziale, ed è sintesi di volontà singole contemporanee, la seconda di una serie temporale, ed è sintesi di volontà singole successive.<sup>53</sup>

A questa obiezione Bobbio ribatte sottolineando che, quantunque il *processo* di formazione di una consuetudine risulti dalla successione di singoli atti, “l’autorità della tradizione, che è ciò che costituisce il diritto consuetudinario”, non deriva “né dagli atti né dal complesso degli atti voluti ciascuno per sé stesso”, ma dal fatto “puramente naturale cioè non voluto ed inconscio che questi atti sono stati ripetuti per una *logica implicita negli atti stessi* durante un lungo e memorabile periodo di tempo (corsivo mio)”.<sup>54</sup>

4.7. Nel ribattere alla obiezione appena menzionata, Bobbio traccia con limpidezza una distinzione fondamentale che merita di essere sottolineata: la distinzione tra il comportamento di colui che con la propria condotta individuale *contribuisce a creare la norma* consuetudinaria (comportamento *nomopoietico*), senza tuttavia

52 Bobbio 2010[1942]: 32.

53 Bobbio 2010[1942]: 32.

54 Bobbio 2010[1942]: 32. Bobbio non chiarisce ulteriormente che cosa intenda per “logica implicita degli atti” in relazione al diritto consuetudinario. Una possibile interpretazione è che si tratti di connessioni che l’agente si rappresenta come “necessarie o essenziali” nell’ambito di una certa cultura o tradizione. Un esempio di questo tipo di connessioni “necessarie o essenziali” che proporrei – in una possibile interpretazione della teoria di Bobbio – è fornito dalla norma consuetudinaria, vigente negli ordinamenti di tipo vendicatorio, secondo la quale l’offesa dovere di essere riparata o vendicata (Pigliaru 2000, Terradas Saborit 2008). Secondo Pigliaru, il dovere di vendicare l’offesa non scaturisce né da una necessità di ordine naturale, né da una necessità di ordine metafisico-religiosa, ma piuttosto da una necessità pragmatica che è costitutiva della comunità dei pastori. Cfr. Pigliaru 2000: 107. Un diverso tipo di connessioni “necessarie ed essenziali” sembra invece caratterizzare, secondo Bobbio, le norme descritte dai teorici del *diritto naturale*. I fautori del diritto naturale, secondo Bobbio, sosterebbero la tesi dell’esistenza di connessioni necessarie ed “essenziali ad ogni gruppo sociale grande o piccolo che sia, statale o non statale, primitivo o civile, regole insomma comuni ad ogni ordinamento” (Bobbio 2010[1942]: 87). Un esempio di questo tipo di connessioni necessarie ed essenziali “comuni a ogni ordinamento”, è, secondo Bobbio, la norma *pacta sunt servanda*. V’è dunque, secondo Bobbio, una differenza fondamentale tra la normatività del diritto *consuetudinario* che necessita comunque per il proprio formarsi di un processo selettivo dei “fatti normativi”, dalla normatività del diritto *naturale* che “si rivel[a] senza bisogno dell’opera selettiva dei fatti o atti normativi” (Bobbio 2010[1942]: 87).

avere l'intenzione e la volontà di crearla, dal comportamento di colui che, invece, con la propria condotta individuale *agisce consapevolmente in conformità ad una consuetudine* preesistente (comportamento *nomotropico*).<sup>55</sup>

Scrive Bobbio:

Sino a che la tradizione è in formazione, i singoli atti che la vengono componendo sono atti volontari rispetto all'azione concreta, ma non sono volontari rispetto alla tradizione, che non esiste ancora. Solo quando la tradizione è formata, colui che vi si inserisce dicendo: "Io agisco così, perché infiniti altri atti appartenenti alla sfera della mia stessa organizzazione sociale hanno agito in questo modo prima di me", agisce coscientemente e volontariamente non solo rispetto all'atto, ma anche alla tradizione. Ma quest'atto volontario, anzi che contribuire alla formazione della tradizione, la presuppone. Di conseguenza: o la tradizione è in fieri, e allora i singoli atti che pur vogliono l'azione singola non posso volere la tradizione; o la tradizione è formata, e allora l'atto singolo vuole sì la tradizione, ma non concorre più a formarla.<sup>56</sup>

Sebbene nel processo di formazione della norma consuetudinaria la volontà non abbia un ruolo determinante, essa ha, invece, secondo Bobbio, un ruolo cruciale nel processo di *conservazione* e di *stabilizzazione* della norma consuetudinaria:

[...] quando la norma consuetudinaria è già stabilita, la mia volontà di sottopormi ad essa non entra nell'episodio della sua formazione, ma tutt'al più *contribuisce a conservarla, impedendo che attraverso la desuetudine si affievolisca la sua forza e s'inaridisca la sua vena*; non è diversa dalla volontà che ubbidisce alla legge e alla quale nessuno vorrebbe attribuire funzione costitutiva della legge stessa. Quando, invece, la norma consuetudinaria è in formazione, l'atto singolo che concorre a formarla è un suo elemento costitutivo, ma non è più un atto volontario, o se è volontario rispetto all'azione, cioè alla causa, non è volontario rispetto alla norma, cioè all'effetto (corsivo mio).<sup>57</sup>

La distinzione tra processo di *formazione* e processo di *conservazione* della norma è ribadita da Bobbio, in un altro passo del libro, nel quale egli critica la cosiddetta teoria della *opinio iuris*:

nella vita della norma consuetudinaria, così come di ogni altra norma, bisogna saper distinguere due processi diversi: il processo di *formazione* che conduce alla produzione della norma, e il processo di *conservazione* che ne mantiene l'efficacia".<sup>58</sup>

4.8. Se da un lato Bobbio esclude in modo categorico che la volontà possa essere requisito *sufficiente* della consuetudine, dall'altro lato, Bobbio confuta

55 Sul concetto di nomotropismo cfr. Conte 1986, 2000, Di Lucia 1996, 2003, Passerini Glazel 2020c.

56 Bobbio 2010[1942]: 32.

57 Bobbio 2010[1942]: 33. Per una differente analisi del ruolo che la volontà "nomotrofica" (di riaffermazione della norma) può avere nel *processo di formazione* della norma consuetudinaria rinvio alle analisi di Passerini Glazel 2020a, 2020c, 2022.

58 Bobbio 2010[1942]: 60.

con altrettanta categoricità la tesi secondo la quale ad essere requisito *necessario* dell'atto formativo della consuetudine sarebbe la cosiddetta *opinio iuris* (o *opinio iuris seu necessitatis*), ossia la "convinzione o credenza o sentimento o coscienza" che quell'atto sia "necessario cioè obbligatorio perché conforme ad una norma giuridica".<sup>59</sup>

La tesi che Bobbio intende confutare condurrebbe a ritenere che "la consuetudine consti di due elementi "uno esterno", che consiste nella ripetizione del comportamento, e "uno interno", che consisterebbe appunto nella *opinio iuris ac necessitatis*.<sup>60</sup>

Alla confutazione della tesi della *opinio iuris* Bobbio dedica il capitolo più noto e citato del libro del 1942: il capitolo VI nel quale egli mette in evidenza il circolo "vizioso" che la tesi della *opinio iuris* comporterebbe

Scrive Bobbio:

Il circolo vizioso è evidente: da un lato si considera l'*opinio* come elemento costitutivo della norma consuetudinaria, ciò che in altre parole significa: l'*opinio* è un presupposto necessario dell'obbligatorietà; dall'altro lato, si definisce l'*opinio* come convinzione di sottoporsi ad una norma giuridica, ciò che in altre parole significa: l'*opinio* presuppone un obbligo preesistente.<sup>61</sup>

Dunque, secondo Bobbio, il circolo vizioso consisterebbe nel fatto che "la norma consuetudinaria non si costituisce se non c'è l'*opinio*; ma l'*opinio* a sua volta implica una norma già costituita."

Da questo circolo vizioso, secondo Bobbio, non si può uscire che per due vie, entrambe le quali conducono a una *impasse*:

o si considera l'*opinio* fondata sopra un errore, nel senso che la convinzione di sottoporsi a una norma giuridica sia una convinzione erronea, perché riferita ad una norma ritenuta esistente ma in realtà inesistente, e allora si salva, sì, il valore normativo della consuetudine, ma si precipita nell'assurdità di far poggiare tutto il diritto consuetudinario sopra un errore di diritto; oppure si ammette che vi sia una norma realmente costituita prima del manifestarsi della convinzione, e allora si svuota di ogni autonoma validità giuridica la norma consuetudinaria riducendola per altra via a processo meramente ricognitivo e non costitutivo, e si cade nella palese contraddizione di considerare, da un lato, l'*opinio* come elemento costitutivo della formazione del diritto consuetudinario, dall'altro il processo consuetudinario come non formativo del diritto: in altri termini, di attribuire all'*opinio* efficacia formativa di un diritto che non si formerà mai, perché l'*opinio* stessa lo presuppone come già formato. Le vie per uscire dal circolo vizioso conducono, la prima all'assurdità, la seconda alla contraddizione.<sup>62</sup>

59 Bobbio 2010[1942]: 57. Sul punto cfr. Giannini 1947.

60 Bobbio 2010[1942]: 57.

61 Bobbio 2010[1942]: 57. Per un commento analitico dell'argomentazione di Bobbio rinvio a Lazzaro 1983, Chiassoni 2008 e Celano 2010: 180.

62 Bobbio 2010[1942]: 58.

## 5. Il diritto consuetudinario oltre la consuetudine e oltre il costume (capitoli VI-IX)

5.1. Gli ultimi tre capitoli del libro di Bobbio del 1942 (VII, VIII, IX) sono dedicati a una questione teorica, carica di implicazioni pratiche, che aveva animato la dottrina giuridica e filosofica della prima metà del XX secolo: i rapporti tra consuetudine e costume. La questione era stata a lungo dibattuta da autori che Bobbio conosceva a fondo, come Ferdinand Tönnies (1855-1936) e Max Weber (1864-1920). Ma il primo ad essersene occupato in modo sistematico era stato Rudolf von Jhering (1818- 1892), autore della famosa opera *Der Zweck im Recht* [Lo scopo nel diritto].

È Bobbio stesso che, seppure senza un riferimento esplicito a Jhering, ci aiuta a comprendere il cammino che egli intende percorrere in questa parte finale del libro del 1942:

[...] si tratta, da ultimo di affrontare il problema, ricco di letteratura varia e polemica, della distinzione tra *norma giuridica* e *norma del costume*, problema che ci porta alle soglie del tema originario di tutta l'esperienza giuridica, il tema della natura del diritto.<sup>63</sup>

Quali erano esattamente i termini del problema che Bobbio intendeva affrontare? Per rispondere a questa domanda è necessario soffermarsi brevemente sulla riflessione di Jhering.

5.2. Nel secondo volume dello *Scopo nel diritto* [*Der Zweck im Recht*], apparso nel 1883, Jhering aveva indagato il fenomeno del costume, in tedesco 'Sitte', muovendo dalla constatazione della affinità etimologica del termine tedesco 'Sitte' con due termini ad esso semanticamente affini: il latino 'consuetudo' e il greco 'ethos'.<sup>64</sup>

Secondo Jhering, nonostante l'affinità etimologica tra 'Sitte' e 'consuetudo', è possibile tracciare una distinzione concettuale tra i fenomeni designati da questi due termini, distinzione che si manifesta nella presenza di due termini, rispettivamente, per costume [*Sitte*] e consuetudine [*Gewohnheit*].

63 Bobbio 2010[1942]: 72.

64 Scrive Jhering 2021[1883]: 49: “[...] ‘Sitte’ (gotico *sidu*, *sidus*, antico alto tedesco *sito*, *situ*, medio alto tedesco *sit*) deriva dall’antico indiano *svada*, ‘consuetudine’ (ricongiungibile a *sva* = *suus* e *dba*, porre, fare), che quindi significherebbe ‘far proprio’, ‘appropriarsi’, cioè ‘appropriazione’, ‘proprietà’ (*Eigentum*, *Eingetümlichkeit*). Dal medesimo termine *svadha* derivano il latino *con-suetudo* (*sveth*, *suocere*) e il greco *Ethos* (*sueth*, *eth*). Tutte e tre le lingue – nonostante la parentela non più riconoscibile per il non specialista – riconducono i termini che designano il costume a un’unica radice linguistica e a un’unica idea: quella di ap-propriarsi. L’ap-propriarsi del costume consiste nell’ininterrotta e costante ripetizione della stessa azione, cioè nell’esercizio, nell’uso (*Brauch*). L’esercizio rende sempre più facile l’azione [...]. Quando si presenta il momento di compiere quell’azione, la persona agisce per così dire da sé, cioè meccanicamente: l’azione è diventata per lui una seconda natura, “*consuetudo altera natura est*”.” Cfr. Jhering 2021[1883], 49. L’edizione italiana del secondo volume dell’opera *Der Zweck im Recht* (1883), è apparsa nella traduzione (e a cura) di Mario G. Losano nel 2021. Losano aveva tradotto già il primo volume dell’opera *Der Zweck im Recht* (1877). Sull’edizione italiana del secondo volume cfr. ora Presi 2022 (in corso di edizione).

Scrive Jhering:

Il costume [*Sitte*] va [...] distinto dalla pura e semplice consuetudine [*Gewohnheit*], perché la consuetudine esprime nulla di più dell'elemento esterno della costanza, cioè dell'uguaglianza continuativa, della ripetitività dell'agire mentre il costume presenta un elemento interiore in più.<sup>65</sup>

Consuetudine [*Gewohnheit*] e costume [*Sitte*] si dispongono, secondo Jhering, in una scala evolutiva che comincia con l'imitazione, prosegue nella consuetudine e culmina nel diritto consuetudinario [*Gewohnheitsrecht*]. Scrive Jhering:

L'agire in generale può passare per varie fasi. Se l'agire di un singolo è oggetto di una generale *imitazione*, si trasforma in *consuetudine*; se alla consuetudine si associa [...] l'elemento socialmente cogente, si trasforma in *costume*; se l'idea di dovere sociale, animatrice del costume, si condensa in dovere giuridico, il costume si trasforma in *diritto consuetudinario* (corsivo mio).<sup>66</sup>

Jhering non aveva mancato di osservare che, mentre nella lingua tedesca, i termini 'diritto' [*Recht*] e 'consuetudine' [*Gewohnheit*] sono tra loro combinabili, come è testimoniato dall'esistenza del sintagma 'diritto consuetudinario' (*Gewohnheitsrecht*), i termini 'costume' (*Sitte*) e 'diritto' (*Recht*) appaiono invece tra di loro incompatibili ("associando i due termini, un concetto annullerebbe l'al-

65 Mentre la consuetudine [*Gewohnheit*], il cui termine tedesco deriva etimologicamente da '*wohnen*' abitare, "si attiene soltanto all'esteriorità, ci mostra soltanto il corpo dell'azione continuativa", il costume [*Sitte*], invece, secondo Jhering, "esprime anche un giudizio sul contenuto, dice cioè che esso è bene", e, pertanto, si presenta con la "pretesa di essere una norma che tutti devono rispettare, cosicché la sua violazione comporta un biasimo e il suo rispetto un riconoscimento positivo". Il costume costituisce pertanto, secondo Jhering, una forma di agire connotata da un elemento normativo, una "forza vincolante", di cui la consuetudine, *Gewohnheit*, sarebbe sprovvista. Ed è proprio in ragione di questa specifica *normatività*, che Jhering attribuisce al costume (*Sitte*) un ruolo determinante nella "conservazione del benessere della società", accanto a istituzioni sociali più studiate come la moralità [*Sittlichkeit*] e il diritto [*Recht*]. Cfr. Jhering 2021[1883]: 50 ss.

66 Jhering 2021[1883]: 213. Ma quali sono secondo Jhering, le circostanze che determinano la trasformazione della consuetudine in costume e del costume in diritto consuetudinario? "Come una cosa non si trasforma in un'altra con il passare del tempo, così il tempo non basta a trasformare la consuetudine in costume o in diritto consuetudinario. Quando nella natura sembrano accadere simili trasformazioni, quando per esempio il legno si trasforma in lignite o carbon fossile, agiscono anche altre circostanze, oltre al mero passar del tempo. La stessa situazione si verifica nelle istituzioni umane." Una consuetudine può diventare costume, secondo Jhering, quando "le si cristallizzano intorno uno dopo l'altro, gli interessi di altre persone" (p. 214). Nel costume, in altri termini, non è in gioco soltanto l'interesse del soggetto agente "ma anche (o addirittura esclusivamente) quello di terzi o dell'intera comunità" (p. 212). Si spiegano così, secondo Jhering, le conseguenze negative che il mancato rispetto del costume comporta per il soggetto agente: "il rimprovero, il biasimo e la disapprovazione del suo comportamento da parte dei consociati" (p. 212). Un chiaro esempio di metamorfosi della consuetudine in costume è il caso della mancia, una istituzione sociale che nasce come "libero esborso di un singolo" e diviene presto "un elemento della prestazione di servizi, uno speciale tipo di retribuzione" (p. 215).

tro”), essendo il costume una forma di agire già dotato – come si è visto – di una propria vincolatività, *normatività*, “diversa da quella del diritto”.<sup>67</sup>

La ricerca di Jhering aveva lasciato aperta una serie di domande: Quali sono i confini tra consuetudine, costume e diritto consuetudinario? Quali sono i rapporti che intercorrono tra di essi? Ma soprattutto: Quali sono, più in generale, i confini e i rapporti tra il costume e il diritto? Vi sono realmente due fenomeni tra loro eterogenei – il diritto e il costume – dotati ciascuno di una specifica validità (‘vincolatività’) – come sembra ritenere Jhering, o, invece, costume e diritto si dispongono su un *continuum* e si distinguono soltanto per l’intensità della forza normativa che li caratterizza? A queste domande inbase Bobbio si ricollega direttamente nel capitolo VII del libro del 1942.

5.3. A differenza di Jhering, Bobbio avverte l’esigenza di “fissare concettualmente” il momento della transizione dal costume al diritto consuetudinario<sup>68</sup> e di cercare una risposta alla domanda attraverso quali vie, per quali motivi, con quali elementi avvenga la trasformazione del costume nel diritto.

La soluzione che Bobbio propone muove dall’analisi del concetto di obbligatorietà.

Bobbio è convinto che la tesi secondo la quale il diritto (e dunque anche il diritto consuetudinario) si distinguerebbe dal costume per il “carattere della obbligatorietà” sia una tesi “evasiva e inconcludente”.<sup>69</sup>

Da un lato, Bobbio rifiuta ogni interpretazione *psicologica* secondo la quale l’obbligatorietà del diritto “non è qualcosa di reale che sia determinabile per sé stesso, ma è un mero fatto psicologico e soggettivo, nel senso che la regola obbligatoria è sentita con maggiore intensità in confronto ad altre”.<sup>70</sup>

Dall’altro lato, tuttavia, Bobbio rifugge anche da ogni interpretazione *materialistica* secondo la quale l’obbligatorietà del diritto dipenderebbe da “un fatto materiale ed oggettivo ben individuato, cioè la coazione (*Zwang*)”.<sup>71</sup>

Ad entrambe le interpretazioni della obbligatorietà appena menzionate – l’interpretazione *psicologica* e l’interpretazione *materialistica* – Bobbio oppone l’ar-

67 Jhering 2021[1883], p. 53.

68 Bobbio 2010[1942]: 79. Questa esigenza non sembra essere avvertita da Jhering il quale non sembra interessato a chiarire quali siano i confini del concetto di diritto consuetudinario (*Gewohnheitsrecht*), per lo meno nel libro del 1883 (p. 213). La sola osservazione sporadica che è dato rinvenire nel testo riguarda il caso particolare dello “scambio dei doni”, un costume che, secondo Jhering, “non è divenuto un diritto consuetudinario, né lo diverrà mai, perché la materia è inadatta” (p. 213).

69 Bobbio 2010[1942]: 81.

70 Bobbio 2010[1942]: 82.

71 Bobbio 2010[1942]: 82. Come è noto, nel primo volume dell’opera *Der Zweck im Recht* (1877) Jhering aveva sostenuto la tesi secondo la quale la “la differenza specifica che distingue le norme del diritto dalle norme da quelle dei costumi e della morale” consiste nella “coercizione” in quanto “elemento essenziale per il diritto”. Scrive Jhering: “Tra le norme poste in essere dalla società, meritano il nome di diritto soltanto quelle che hanno dietro di sé la coercizione, ovvero (dal momento che, come abbiamo visto, soltanto lo Stato ha il monopolio della coercizione) la coercizione statale” (Jhering 2014[1877]: 232); “Una norma giuridica senza coercizione giuridica è auto-contraddittoria, è un fuoco che non brucia, una luce che non risplende” (p. 233).

gomento secondo il quale esse scambiano gli effetti (rispettivamente, “il maggior sentimento del vincolo” e “la maggior reazione”) per la causa (“l’obbligatorietà”).

Qual è dunque la soluzione proposta di Bobbio?

Egli formula l’esigenza di porre una *nuova domanda* più sottile e aperta:

Non ci si può semplicemente arrestare alla constatazione che certe regole suscitano negli interessati un maggior sentimento del vincolo oppure nella società una maggiore reazione che giunge persino all’uso della forza; ma bisogna porre il problema delle *ragioni* di questa diversa intensità e allora si giunge al cuore del concetto di obbligatorietà (corsivo mio).<sup>72</sup>

Per rendere esplicite le ragioni dell’obbligatorietà delle norme è necessario, secondo Bobbio, riflettere “non su ciò che sentono le persone a cui la norma si dirige, non sulla reazione che la società attribuisce alla norma, ma sulla natura stessa della norma, sul suo significato sociale, in una parola, sul suo *contenuto* (corsivo mio)”.<sup>73</sup>

L’idea di fare appello al *contenuto* delle norme per determinare il criterio di giuridicità di esse non è nuova in Bobbio. Già in una serie di lezioni risalenti al 1939-1940, Bobbio aveva indicato nel contenuto delle norme un possibile criterio di demarcazione tra *norme giuridiche* e *norme del costume*.<sup>74</sup>

Nel libro del 1942 Bobbio riformula *ex novo* il criterio di giuridicità: le norme giuridiche si distinguono dalle norme del costume poiché il loro contenuto è *essenziale* alla costituzione e alla conservazione di un gruppo. Scrive Bobbio:

Non basta dire che le norme *giuridiche* sono regole sociali, che stabiliscono il comportamento dell’uomo in quanto membro di un gruppo sociale, in quanto cioè in relazione con altri uomini, perché le norme del costume sono per la maggioranza dei casi anche esse regole sociali. È invece decisivo osservare che ogni gruppo sociale vigono regole *essenziali* alla costituzione e alla conservazione del gruppo accanto a regole *inessenziali* (corsivo mio).<sup>75</sup>

72 Bobbio 2010[1942]: 82.

73 Bobbio 2010[1942]: 82.

74 Bobbio 1939-1940: 22: “Noi qui sosteniamo che una differenza tra tipi di norme può essere fondata soltanto sulla diversità del contenuto, nel senso che le norme, tutte uguali dal punto di vista formale, possono raggrupparsi in vari tipi in base ai diversi problemi che esse risolvono mediante la regolamentazione, che è loro propria, dell’azione umana. Le norme giuridiche risolvono problemi di giustizia, in quanto contemplano casi o prevedono azioni, sottoponibili alla valutazione del giusto e dell’ingiusto, a differenza per es. delle norme del costume, le quali risolvono unicamente problemi di opportunità, in quanto impongono azioni alle quali non è in alcun modo riferibile la categoria del giusto e dell’ingiusto, ma soltanto quella dell’opportuno e dell’inopportuno.”

75 Bobbio 2010[1942]: 82. La tesi di Bobbio ha suscitato perplessità principalmente motivate dalla indeterminatezza del concetto di *essenzialità*. Bobbio ha fornito una definizione del concetto di “regola essenziale” come regola che pone condizioni necessarie alla convivenza di un determinato gruppo: “Regola essenziale ad un gruppo sociale è quella regola senza la quale il gruppo, in quel determinato stadio della sua evoluzione storica, non potrebbe attuare il fine per cui è sorto; o più genericamente, è quella regola che pone in essere rapporti necessari di convivenza.” La distinzione di Bobbio tra “regole essenziali” e “regole inessenziali” è stata adottata

Un caso paradigmatico di regole *inessenziali* è costituito, secondo Bobbio dalle regole relative al *saluto*.<sup>76</sup>

## 6. Di che cosa è teoria la teoria della consuetudine di Bobbio?

6.1. Dopo aver riassunto i principali temi e le principali tesi di Bobbio (§§ 3-5), proporrò ora alcune riflessioni a partire dalle domande che ha suscitato in me la recente rilettura del testo di Bobbio (§§ 6-8).

La prima domanda che formulo ricalca un'analoga domanda formulata da Amedeo Conte nell'ambito della teoria della validità di norme.<sup>77</sup>

Anziché interrogarmi sulla verità della tesi fondamentale di Bobbio (la tesi secondo la quale la ripetizione di un comportamento nel tempo è condizione sufficiente di esistenza di una consuetudine) proverò a proporre una domanda preliminare e più radicale: *Di che cosa è teoria la teoria della consuetudine di Bobbio?*

Per poter rispondere a questa domanda, può essere utile porne una seconda: *A che cosa si riferisce Bobbio con il termine 'consuetudine'?* La risposta a questa seconda domanda non è univoca.

Il termine 'consuetudine' non sembra designare in Bobbio un unico fenomeno.

In primo luogo, con il termine 'consuetudine' Bobbio si riferisce, come si è visto, ad un *fatto normativo involontario e incosciente*. Questa prima accezione del termine 'consuetudine' è quella che si incontra più frequentemente nel testo del 1942.

In secondo luogo, Bobbio con il termine 'consuetudine' sembra riferirsi ad una *norma*, intesa come *conseguenza* o *prodotto* di un *fatto normativo involontario e incosciente*.

La compresenza in Bobbio di una duplice accezione del termine 'consuetudine' – consuetudine come *fatto normativo* e consuetudine come *norma* – è documentata in almeno due passi decisivi del libro.

Un primo passo – nel quale Bobbio impiega il sintagma 'diritto consuetudinario' – è il seguente:

Il diritto consuetudinario è un fatto normativo, e come fatto vale in quanto si fa: in esso validità ed efficacia coincidono. Non vi è quindi un fondamento al di fuori della consuetudine, perché la consuetudine ha il proprio fondamento in sé stessa, nel suo stesso farsi; la sua ragion d'essere stà nell'osservanza che la costituisce e la mantiene in vita.<sup>78</sup>

L'ipotesi che in questo passo Bobbio operi uno slittamento semantico (o meglio referenziale) dalla consuetudine come *fatto normativo* alla consuetudine come *nor-*

da Antonio Pigliaru (1959, 2000) come uno dei criteri per attribuire natura giuridica alle norme consuetudinarie non scritte del codice della vendetta barbaricina. Cfr. Riccardo 2013.

76 Bobbio 1939-1940: 44. Sulla rilevanza giuridica delle regole sociali cfr. Balossini 1965.

77 Conte 1970. Cfr. Di Lucia e Passerini Glazel 2020.

78 Bobbio 2010[1942]: 48.

ma, sembrerebbe confermata dal fatto che egli parli di “osservanza” della consuetudine. Si osservano le norme, non i fatti.

Il passo appena citato è inoltre filosoficamente provocante per la tesi della *coincidenza* nel diritto consuetudinario di validità ed efficacia.<sup>79</sup>

Ma la duplice accezione del termine ‘consuetudine’ è ancor più evidente in un secondo passo, che si trova nell’ultimo capitolo del libro (il capitolo IX):

1) La consuetudine giuridica è un fatto normativo, e come tale pone in essere una norma giuridica allo stesso titolo degli altri fatti normativi; 2) la *sua struttura essenziale* è data dalla ripetizione costante, uniforme e generale di atti indipendentemente dalla credenza o dal sentimento o dalla convinzione o dall’intenzione dei soggetti; 3) la sua *validità specifica*, per cui si differenzia dal costume è fondata sulla natura del rapporto regolato che è rapporto essenziale alla compagine sociale (corsivo mio).<sup>80</sup>

Nell’esaminare il testo appena riportato mi ero inizialmente arrestato a constatare come Bobbio fosse passato inavvertitamente dalla prima accezione di ‘consuetudine’ (la consuetudine come “fatto normativo”) alla seconda accezione di ‘consuetudine’ (la consuetudine come “norma”). Infatti, mentre *sub 2*, nel sintagma ‘sua struttura essenziale’, l’uso del pronome ‘sua’ è chiaramente riferito alla consuetudine nell’accezione di *fatto normativo*, la stessa cosa non sembra valere *sub 3*, ove il pronome ‘sua’ nel sintagma ‘sua validità specifica’ sembra riferirsi inequivocabilmente ad una norma.

Come sarebbe possibile, infatti, dal punto di vista della nostra sensibilità linguistica e del nostro armamentario concettuale, predicare la validità di un *fatto normativo* che viene per di più descritto come un fatto *involontario* e *incosciente*?

In realtà, in un secondo tempo mi sono reso conto che quella mia constatazione poteva essere il frutto proprio di quell’“errore di prospettiva” che Bobbio denuncia nel libro e che consiste nell’osservare il fenomeno della consuetudine “dal punto di vista di un’altra fonte assunta come primaria”.

Nell’interpretare il testo di Bobbio avevo dato per scontato che fosse possibile impiegare nello studio del diritto *consuetudinario* un concetto di validità concepito e formato nell’ambito dello studio del diritto *statuito*. Ma è possibile – ed ecco dunque una *seconda domanda* – parlare della validità del diritto *consuetudinario* applicando i concetti e le categorie che sono stati forgiati per lo studio del diritto *statuito*? Ed ecco una *terza domanda*: È possibile indagare la *normatività del diritto consuetudinario impiegando i concetti e le categorie della teoria del diritto statuito*?

6.2. Un esempio illuminante di teoria che interpreta il fenomeno della consuetudine sulla base delle categorie del diritto *statuito*, è, secondo Bobbio, la concezione normativistica della consuetudine formulata da Hans Kelsen.<sup>81</sup>

79 Sui rapporti tra validità ed efficacia Bobbio ritornerà in modo più sistematico nel corso degli anni ’50 e ’60 nelle lezioni dedicate alla teoria della norma e dell’ordinamento. Cfr. Bobbio 1993.

80 Bobbio 2010[1942]: 91.

81 Bobbio [2010]1942: 35.

La teoria di Bobbio rivendica l'autonomia del diritto consuetudinario contrapponendosi duplicemente alla teoria pura del diritto di Kelsen.

Da un lato, la “struttura essenziale” della consuetudine – così come viene definita da Bobbio nel passo summenzionato *sub 2* – non corrisponde alla struttura dei fenomeni normativi delineata da Kelsen nella teoria pura del diritto. Per Kelsen, tutti i fenomeni normativi – sia nella forma del diritto statuito sia nella forma del diritto consuetudinario – presuppongono l'esistenza di un atto di volontà.<sup>82</sup>

Dall'altro lato, le condizioni di “validità” della consuetudine – così come vengono definite da Bobbio nel passo summenzionato *sub 3* – non corrispondono alle condizioni di validità che caratterizzano il modello di validità delineato da Kelsen nella teoria pura del diritto.<sup>83</sup>

Per Kelsen, a differenza di Bobbio, la possibilità di predicare la validità del diritto consuetudinario è subordinata alla condizione che le norme del diritto consuetudinario siano create *in conformità alle norme gerarchicamente sovraordinate*, le quali stabiliscono *in e per* un ordinamento le condizioni di validità delle norme consuetudinarie. Scrive Kelsen:

Se, nell'ambito di un ordinamento giuridico, esiste anche un diritto consuetudinario, a lato di quello statuito, se gli organi che applicano il diritto, e specialmente i tribunali, devono applicare non soltanto le norme generali create dall'organo legislativo, le leggi formali, ma anche le norme generali create dalla consuetudine, questa è allora considerata come un fatto creativo del diritto alla stessa stregua della legislazione. Ciò è possibile soltanto se la costituzione – in senso materiale – fa della consuetudine un procedimento creativo del diritto alla stregua che lo fa della legislazione. La consuetudine deve essere cioè un istituto costituzionale, al pari della legislazione.<sup>84</sup>

## 7. L'autocrazia della teoria del diritto consuetudinario.

7.1. Ritorno ora alla mia terza domanda: È possibile indagare la normatività del diritto *consuetudinario* impiegando i concetti e le categorie della teoria del diritto *statuito*?

Nel libro sulla consuetudine del 1942 Bobbio ha mostrato le aporie epistemologiche di una simile indagine. In particolare, vi sono due osservazioni di Bobbio che sembrano suggerire che l'indagine del diritto consuetudinario debba essere

82 Cfr. Kelsen 1941: 115.

83 Per Kelsen una norma è valida se è *dedotta* da altre norme (sistema statico) o *prodotta* in conformità con altre norme di grado superiore (sistema dinamico). Per Bobbio, invece, la validità della norma consuetudinaria non ripete la propria validità da norme di grado superiore. Le condizioni di validità della consuetudine sembrano essere due: i) che la consuetudine sia effettivamente *osservata*, ii) che il suo contenuto sia *essenziale* alla costituzione e alla conservazione di un gruppo sociale.

84 Kelsen 1945: 128. La validità della norma consuetudinaria sembra avere uno statuto irriducibile alla validità intesa kelsenianamente come *esistenza in e per* un ordinamento. Sulla natura “athetica” e “asistemica” della validità deontica che caratterizza le norme consuetudinarie cfr. Di Lucia e Passerini Glazel 2022.

condotta mediante l'impiego di *categorie* e di *concetti autonomi e autoctoni*.<sup>85</sup> La prima osservazione riguarda un aspetto fondamentale della teoria della consuetudine: la determinazione del momento in cui la consuetudine *si forma* (§ 7.2); la seconda osservazione riguarda invece un ulteriore aspetto della teoria del diritto consuetudinario, altrettanto rilevante: la determinazione del momento in cui la consuetudine *si consolida* nei comportamenti normativi dei soggetti agenti (§ 7.3.).

7.2. La prima osservazione di Bobbio riguarda la determinazione del momento in cui la consuetudine si forma.

Mentre nel caso del diritto *statuito* è possibile determinare con precisione il momento in cui si costituisce una norma, poiché, anche nell'ipotesi in cui l'atto normativo non sia un atto singolo, essa si forma attraverso una serie *definita* di atti (una procedura), nel caso del diritto *consuetudinario*, invece, l'esatta determinazione del momento in cui la norma si forma non è possibile, secondo Bobbio, poiché "il processo di formazione della norma proced[e] di pari passo con il naturale formarsi della consuetudine".<sup>86</sup>

In primo luogo, la consuetudine si forma attraverso una serie *indefinita* di atti, e dunque la consuetudine è per sua natura un concetto non "quantitativamente determinabile".<sup>87</sup>

In secondo luogo, per fissare una durata determinata in relazione al processo di formazione della consuetudine sarebbe necessario conoscere l'inizio e la fine del processo: ma se, da un lato, è difficile risalire a quell'atto da cui la consuetudine deve avere avuto inizio, dall'altro lato, secondo Bobbio, è addirittura impossibile "fissare esattamente in un momento del tempo quell'atto con cui la consuetudine sarebbe sorta".<sup>88</sup>

Poiché il passaggio da ciò che "non è consuetudine a ciò che è consuetudine non avviene attraverso un solo atto", il momento in cui la norma consuetudinaria si forma "non può essere fissato in un'unità di tempo".<sup>89</sup>

85 Un problema analogo è stato posto da Rodolfo Sacco in relazione alla possibilità di studiare il fenomeno del "diritto muto" (Sacco 1993) a partire dalle categorie del "diritto parlato". Scrive Sacco (2005: 443): "L'uomo parlante conosce concettualmente in modo diretto il diritto parlato. Non ha sentito il bisogno di guardare indietro al diritto muto, troppo ovvio per meritare una spiegazione. Più tardi, quando ha dovuto farlo, ha adattato ad esso figure proprie del diritto parlato, estendendo al diritto muto categorie che gli si adattano con sforzo. Il giurista parlante ha dato un nome alle norme, ai diritti soggettivi, ai doveri giuridici. È stato più avaro con i comportamenti ossequenti alle norme, con gli esercizi dei diritti soggettivi, con gli adempimenti dei doveri. Definisce queste tre ultime classi di figure unicamente in rapporto alle figure correlate, reperibili nel diritto parlato. Contro ogni logica linguistica naturale, ha battezzato con una parola-base la realtà giuridica strumentale, astratta e immateriale (norma, diritto, dovere), e poi ha trovato un termine composto e derivato (condotta conforme alla norma, condotta deviante, esercizio del diritto, adempimento del dovere) per indicare il dato storico-reale, cui lo strumento è finalizzato."

86 Bobbio 2010[1942]: 53.

87 Bobbio 1939-1940: 37.

88 Bobbio 1939-1940: 38.

89 Bobbio 1939-1940: 37-38. Per formulare l'argomento della impossibilità di determin-

7.3. La seconda considerazione di Bobbio riguarda la determinazione del momento in cui la consuetudine si consolida.

Mentre nel caso del diritto *statuito* è possibile distinguere con chiarezza il processo di formazione della norma dal processo di conservazione di essa, poiché “a nessuno verrebbe in mente di identificare la statuizione della legge con la sua efficacia”, al contrario, nel caso del diritto *consuetudinario*, “tanto la formazione quanto la conservazione [della norma] hanno luogo attraverso lo stesso processo di ripetizione, ed è difficile, almeno scomodo, stabilire quando finisce l’uno e cominci l’altro”.<sup>90</sup>

Nel caso del diritto consuetudinario la “confusione” tra i due processi (la formazione e la conservazione della norma) implica che si parli comunemente di consuetudine senza badare ad una distinzione che invece, secondo Bobbio, deve essere tracciata: la distinzione tra “consuetudine formativa di una norma consuetudinaria” e “consuetudine conservativa di una norma (che può anche non essere consuetudinaria)”.<sup>91</sup>

L’importanza di distinguere questi due fenomeni – la consuetudine formativa e la consuetudine conservativa – è confermata, secondo Bobbio, dalla diversità di effetti che hanno il fenomeno della “ripetizione destinata alla formazione” e il fenomeno della “ripetizione destinata alla conservazione”. Secondo Bobbio, infatti:

venendo a mancare quella [la ripetizione destinata alla formazione], si verifica la mancanza di una *consuetudine*, venendo a mancare questa [la ripetizione destinata alla conservazione], una *desuetudine*.<sup>92</sup>

La distinzione tracciata da Bobbio ha inoltre una ulteriore importante implicazione che riguarda il modo di concepire la posizione dell’*opinio iuris*. Secondo Bobbio, l’*opinio iuris* non appartiene alla fase di formazione della consuetudine, ma piuttosto a quella della sua consolidazione o conservazione:

non concorre alla formazione della norma ma ne garantisce l’efficacia. Ammesso che io possa valermene, dovrei ad essa riferirmi non per sapere se la norma consuetudinaria sia tale, ma bensì per sapere se sia efficace, cioè se non sia caduta in desuetudine.<sup>93</sup>

are il momento in cui la norma consuetudinaria nasce, nelle lezioni del 1939-1940, Bobbio si serve di una efficace analogia euristica: “Quando parliamo di un mucchio di pietre non intendiamo riferirci ad un numero determinato di pietre; né avrebbe alcuna risposta possibile la domanda: quante pietre occorrono per fare un mucchio di pietre. Non è possibile trovare fra la serie di atti che concorrono alla formazione di una consuetudine quell’atto mediante il quale ciò che non è consuetudine si trasforma in consuetudine: così come non sarebbe possibile trovare quella pietra che aggiunga alle altre pietre faccia diventare un mucchio di pietre quello che non era prima un mucchio di pietre”.

90 Bobbio 2010[1942]: 60.

91 Bobbio 2010[1942]: 60. Cfr. Giannini 1947.

92 Bobbio 2010[1942] 61.

93 Bobbio 2010[1942] 61. Cfr. Passerini Glazel 2020a, 2022.

## 8. La consuetudine: mistero o paradosso?

8.1. L'analisi di Bobbio dei comportamenti normativi – sia di quelli che *producono* le norme consuetudinarie (le consuetudini *formative*) e sia di quelli che le norme consuetudinarie le conservano (le consuetudini *conservative*) – ci consente di ritornare al punto di partenza del presente saggio: la distinzione tra differenti *forme di normatività*.

Adolf Reinach aveva distinto una normatività *statuita*, caratteristica del *diritto legislativo* e “dipendente da un atto cosciente e intenzionale di statuizione del soggetto”, e una normatività *non-statuita*, caratteristica delle *norme morali* e “indipendente dall'essere conosciuta o prodotta da qualsiasi coscienza”.

Ma quale è il luogo del diritto consuetudinario rispetto a queste due forme di normatività?

Per rispondere a questa domanda Bobbio ci invita a riflettere sul differente ruolo che svolgono i comportamenti normativi.<sup>94</sup>

Nel caso delle “consuetudini *conservative*” il soggetto agente non contribuisce con il proprio comportamento a *creare* norme, ma contribuisce con la propria condotta a *conservare* norme preesistenti.

Al contrario, nel caso delle “consuetudini *formative*”, il soggetto agente contribuisce con il proprio comportamento a *creare* norme non-preesistenti, ma lo fa in modo tuttavia *involontario* e *incosciente*.

È quindi evidente che, mentre nel caso delle consuetudini conservative, le norme *possono* fungere da *modello di azione*, ciò è, per definizione, escluso per Bobbio nel caso delle consuetudini formative.<sup>95</sup>

8.2. Il ruolo di una norma, tuttavia, non si esaurisce nel fungere da *modello di azione*.

Come è stato osservato ampiamente in sociologia e in filosofia da autori come Max Weber, Georg Henrik von Wright, Norberto Bobbio, le norme possono svolgere un ruolo determinante nell'*interpretazione* dell'azione.<sup>96</sup>

Seguendo una preziosa indicazione di Amedeo Conte<sup>97</sup>, di una norma che funga da modello di *azione* dirò che essa è *effettiva*; di una norma che funga da modello di *interpretazione* del comportamento dirò che essa è *esplicativa*.

Il caso più frequente è quando le norme che fungono da modello di una azione sono anche modello esplicativo di quell'azione. Tuttavia, *effettività* ed *esplicatività* possono *non* coincidere.

Un caso evidente di *non-coincidenza* tra *effettività* ed *esplicatività* è descritto da Conte stesso: il comportamento dell'obiettore di coscienza che, durante la guerra del Vietnam, brucia la cartolina precetto.

94 Cfr. Bobbio 2007[1977].

95 Impiego qui il paradigma formulato da Amedeo Conte (1975) “norma come modello d'azione” vs. norma come modello di interpretazione.

96 Weber 1922, von Wright 1971, Bobbio 1977, 2007. Cfr. Ferrari 1998.

97 Cfr. Conte 1975.

La norma che prescrive il servizio militare non funge da *modello di azione* della sua condotta, ma può fungere da *modello di interpretazione* della sua condotta.

8.3. L'ipotesi che avanzo, alla luce del libro di Bobbio, è che ciò che Bobbio chiama "consuetudine formative" siano un caso di *non-coincidenza* di *effettività* ed *esplicatività*.

Nella fase della sua formazione, la norma consuetudinaria può fungere *ex post* da modello di *interpretazione* del comportamento, quantunque possa non fungere da modello di *azione* per l'agente.

Vi è tuttavia una differenza rilevante tra i due casi che ho accostato: nel comportamento nomotropico dell'obiettore di coscienza (descritto da Conte) la *non-coincidenza* di *effettività* ed *esplicatività* è un fenomeno *contingente*; nel processo di formazione di una norma consuetudinaria – e questo mi pare essere uno degli insegnamenti fondamentali di Bobbio – la *non-coincidenza* di *effettività* ed *esplicatività* ha il carattere della *necessità*.

Per colui che contribuisce a *creare* una norma consuetudinaria la norma *non può* costituire un modello di azione, poiché essa non esiste ancora in quanto norma. E pur tuttavia, quella norma, non appena verrà ad esistenza, costituirà *ex post* un modello di interpretazione del comportamento di colui che ha contribuito a crearla.<sup>98</sup>

Forse è anche in questo fenomeno della *necessaria non-coincidenza* tra *effettività* ed *esplicatività* che consiste, se non il mistero, per lo meno il paradosso della consuetudine.

## Riferimenti bibliografici

- Alves, P., 2017 *Reinach and Husserl on communication*. Relazione (inedita) al convegno internazionale *The Philosophy of Reinach*, 30 novembre –1 dicembre 2017, Milano-Lugano.
- Balossini C.E., *La rilevanza giuridica delle "regole sociali"*. Milano, Giuffrè, 1965.
- Bellucci, L., *Consuetudine, diritti e immigrazione*. Milano, Giuffrè, 2012.
- Bobbio, N., 1934 *Scienza e tecnica del diritto*. Torino R. Università di Torino, Memorie dell'Istituto giuridico, Serie II, XXIX.
- Bobbio, N., 1939-1940 *Lezioni di Norberto Bobbio presso l'Università di Siena 1939-1940*. Torino, Centro Studi Piero Gobetti, 2007.
- Bobbio N., 1941 *Lezioni di filosofia del diritto*. R. Università di Padova. Anno accademico 1940-1941. Raccolte dagli studenti P. Antonelli e G. Chiesura. Bologna, La Grafolito.
- Bobbio, N., 1942 *Lezioni di filosofia del diritto*. R. Università di Padova. Anno accademico 1941-1942. Raccolte dallo studente Giulio Pasetti Bombardella. Bologna, La Grafolito.
- Bobbio, N., 1958 *Teoria della norma giuridica*. Torino, Giappichelli.
- Bobbio, N., 1960 *Teoria dell'ordinamento giuridico*. Torino, Giappichelli.
- Bobbio, N., 1993 *Teoria generale del diritto*. Torino, Giappichelli.
- Bobbio, N., 1994[1964] *Norma giuridica* in Norberto Bobbio, *Contributi a un dizionario giuridico*. Torino, Giappichelli, pp. 215-232.

<sup>98</sup> Sul rapporto tra norma consuetudinaria e agire nomotropico cfr. anche Passerini Glazel 2020a: 100 e Passerini Glazel 2022.

- Bobbio, N., 1996 *De senectute e altri scritti autobiografici*. Torino, Einaudi.
- Bobbio, N., 2006[1938] *L'analogia nella logica del diritto*. Torino R. Università di Torino, Memorie dell'Istituto giuridico, Serie II, XXXVI. Ristampa cura di Paolo Di Lucia. Milano, Giuffrè, 2006.
- Bobbio, N., 2007[1977] *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, Edizioni di Comunità. Ristampa a cura di Mario G. Losano. Roma-Bari, Laterza.
- Bobbio, N., 2010[1942] *La consuetudine come fatto normativo*. Torino Giappichelli.
- Bobbio, N., 2018[1934] *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*. Torino R. Università di Torino, Memorie dell'Istituto giuridico, Serie II, XXVIII. Ristampa a cura di Paolo Di Lucia. Torino, Giappichelli, 2018.
- Cianferotti, G., 2005 "L'opera giovanile di Bobbio e il suo insegnamento (1934-1950)". *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 35: 65-105.
- Celano, B., 2010 *Fatti istituzionali, consuetudini, convenzioni*. Roma, Aracne.
- Chiassoni, P., 2008 "Tre buoni filosofi contro i cattivi costumi. (Giurisprudenza analitica e teoria della consuetudine)" in Silvia Zorzetto (ed.), *La consuetudine giuridica. Teoria, storia, ambiti disciplinari*. Pisa ETS: 63-107.
- Conte, A.G., 1966 *Ordinamento giuridico*, in *Novissimo digesto italiano*, Torino UTET, vol. XII: 45-54.
- Conte, A.G., 1970 "Studio per una teoria della validità", *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 47, pp. 331-354.
- Conte, A.G., 1975 *Validità*, in *Novissimo digesto italiano*, XX, Torino, UTET:418-425.
- Conte, A.G., 1986 *Fenomeni di fenomeni*, in Giuseppe Galli (ed.), *Interpretazione ed epistemologia*. Torino, Marietti: 167-198.
- Conte, A.G., 1997 *Filosofia dell'ordinamento normativo. Studi 1957-1968*. Torino, Giappichelli.
- Conte, A.G., 2006 *Kenningar*. Prefazione di Giorgio Orelli, Bari, Adriatica Editrice, 2006.
- Conte, A.G., 2011 *Sociologia filosofica del diritto*. Prefazione di Vincenzo Ferrari. Torino, Giappichelli.
- Conte, A.G. e Di Lucia P., 2007 *Il paradigma Quid ius? vs. Quid iuris? Oltre Immanuel Kant*. In: "Rivista Teologica di Lugano", 12, 3: 445-458
- Di Lucia, P., 1996 *Agire secondo una norma, agire per una norma, agire in funzione di una norma*. In: Paolo Comanducci e Riccardo Guastini (eds.), *Struttura e dinamica dei sistemi giuridici*. Torino, Giappichelli: 37-45.
- Di Lucia, P., 1997 *L'universale della promessa*. Milano, Giuffrè.
- Di Lucia, P., 2016 *Ontologia normativa. Il paradosso dell'apriori condizionato in Adolf Reinach*. In: Giorgio Bongiovanni, Giorgio Pino, Corrado Roversi (eds.), *Che cosa è il diritto. Ontologie e concezioni del giuridico*, Torino, Giappichelli: 185-212.
- Di Lucia, P., 2018 *Norberto Bobbio e le due fenomenologie*. In: N. Bobbio, *L'indirizzo fenomenologico nella filosofia sociale e giuridica*. A cura di Paolo Di Lucia, Torino, Giappichelli: XI- XLV.
- Di Lucia, P. e L. Passerini Glazel, 2017 *Two Semiotic Shifts in the Philosophy of Norms: Meaning Shift and Referent Shift*. In: "Phenomenology and Mind", Special Issue *Norm: What is it? Ontological and Pragmatical Perspectives*, n. 13: 10-18.
- Di Lucia, P. e L. Passerini Glazel, 2020 *Amedeo Giovanni Conte filosofo della validità*. In "Rivista di Filosofia del diritto", 9, 1: 11-26.
- Di Lucia, P. e L. Passerini Glazel 2022 *Towards a Sigmatics of the word 'Norm'. An Ontological Turn in the Semiotics of the Normative*, in corso di edizione.
- Falzea, A., 1967 *Fatto giuridico*, in *Enciclopedia del diritto*. Milano, Giuffrè, vol. XVI.
- Ferrari, V., 1998 *Lineamenti di sociologia del diritto*. Roma-Bari, Laterza, vol. I.

- Fittipaldi, E., 2012 *Psicologia giuridica e realismo. Leon Petrazzkycki*. Milano, LED.
- Giannini, M.S., 1947 *Sulla consuetudine*. In: "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 24: 89-96.
- Giuliani, A., 1999 *Le preleggi. Gli articolo 1-15 del codice civile*. Torino, UTET.
- Grossi, P., 2010 *Introduzione in Norberto Bobbio, La consuetudine come fatto normativo*, Torino, Giappichelli: VII-XXXI.
- Guastini, R., 1993 *Le fonti del diritto e l'interpretazione*. Milano, Giuffrè.
- Jhering, R. von, 2014[1877] *Lo scopo nel diritto. Volume I*. Traduzione e cura di Mario G. Losano, Torino, Nino Aragno.
- Jhering, R. von, 2021[1883] *Lo scopo nel diritto. Volume II*. Traduzione e cura di Mario G. Losano. Torino, Nino Aragno Editore.
- Kelsen, H. 1952[1945] *Teoria generale del diritto e dello stato*, Milano, Edizioni di Comunità.
- Kelsen, H., 1981[1941] *Il diritto come specifica tecnica sociale*, in Hans Kelsen, *La teoria politica del bolscevismo e altri saggi di teoria del diritto e dello Stato*, Milano, Il Saggiatore: 94-121.
- Kelsen, H., 2009[1941] *Diritto e pace nelle relazioni internazionali. Le Oliver Wendell Holmes Lectures, 1940-41*. A cura di Carlo Nitsch. Milano, Giuffrè.
- Lazzaro, G., 1983 "Reciprocità e consuetudine", in *La teoria generale del diritto. Problemi e tendenze attuali. Studi dedicati a Norberto Bobbio*. A cura di Uberto Scarpelli. Milano, Edizioni di Comunità: 231-247.
- Levi-Strauss, C., 2017 *L'antropologia di fronte ai problemi del mondo moderno*. Milano, Bompiani.
- Losano, M.G., 2018 *Norberto Bobbio. Una biografia culturale*. Roma, Carocci.
- Passerini G., Lorenzo, 2020a "Forme della volontà e impronte di norma nella formazione della norma consuetudinaria", in *Noesis*, 34: 71-88.
- Passerini G., L., 2020b "Grasping an Ought. Adolf Reinach's Ontology and Epistemology of Legal and Moral Oughts", *Acta Universitatis Lodziensis. Folia Iuridica*, 90: 29-39,
- Passerini G., 2020c *Le realtà della norma, le norme come realtà. Saggio di filosofia del diritto*. Milano LED.
- Passerini G., 2022 *Tra il farsi e il disfarsi delle norme: il ruolo della volontà nomotrofica nella formazione della norma consuetudinaria*, in corso di edizione in Giovanni Bombelli/ Paolo Heritier (eds.), *Nuove prospettive sulla consuetudine*. Milano, Mimesis (in corso di edizione).
- Pigliaru, A., 1993 *La vendetta barbaricina come ordinamento giuridico*. Milano, Giuffrè, 1959. Ristampa in: *Il banditismo in Sardegna*. Milano, Giuffrè. Nuova ristampa in: *Il banditismo in Sardegna. La vendetta barbaricina*. Cagliari, Il Maestrale, 2000.
- Piovani, P., 1953 *Il significato del principio di effettività*. Milano, Giuffrè, 1953.
- Presi, V., 2022 "Sittengesetz. La legge del costume in Jhering tra sociologia del diritto e ontologia sociale", in corso di edizione.
- Pugliatti, S., 1996 *I fatti giuridici*. Revisione e aggiornamento di Angelo Falzea. Con prefazione di Natalino Irti. Milano, Giuffrè.
- Reinach, A., 1913 "Die apriorischen Grundlagen des bürgerlichen Rechtes", *Jahrbuch für die Philosophie und phänomenologische Forschung*, 1913, 1, pp. 685-847. Traduzione italiana (parziale) di Giuliana Stella. In Agostino Carrino (ed.), *Metodologia della scienza giuridica*. Napoli Edizioni Scientifiche Italiane, 1990: 161-200. Traduzione di Daniela Falcioni: *I fondamenti a priori del diritto civile*, Milano, Giuffrè, 1990.
- Rottleuthner, H., 1981 *Teoria del diritto e sociologia del diritto*. Bologna, Il mulino, 1983.

- Riccardo, G., "Conflitto di ordinamenti e conflitto di paradigmi in Antonio Pigliaru" *Lares*, 79: 11-33.
- Sacco, R., 1993 "Il diritto muto". In: *Rivista di diritto civile*, 39: 689-702.
- Sacco, R., (con la collaborazione di Paola Cisiano), *Il fatto, l'atto, il negozio*. Torino, UTET, 2005.
- Searle, J.R., 1995 *La costruzione della realtà sociale*. Torino, Einaudi.
- Searle, J.R., 2003 *Ontologia sociale e potere politico*, in Paolo Di Lucia (ed.), *Ontologia sociale. Potere deontico e regole costitutive*. Macerata, Quodlibet: 27-44.
- Searle, J.R., 2010 *Creare il mondo sociale. La struttura della civiltà umana*. Milano, Raffaello Cortina Editore, 2010.
- Spiegelberg, H., 1935 *Gesetz und Sittengesetz. Vorstudien zu einer gesetzfreien Ethik*. Zürich, Max Niehans.
- Spiegelberg, H., 1968 *Rules and Order. Toward a Phenomenology of Order*, in Paul Kuntz (ed.), *The Grinnell Symposium*. Washington, Washington University Press, 1968: 290-308.
- Terradas Saborit, I., 2008 *Iusticia vindicatoria. De la ofensa e indefensión a la imprecación y el oraáculo, la vindicta y el talión, la ordalia y el juramento, la composición y la reconciliación*. Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 2008.
- Tönnies, F., 2019[1909] *Il costume*. A cura di Michele Basso. Brescia, Morcelliana, 2019.
- Weber, M., 2000[1922] *Economia e società. III. Sociologia del diritto*. Milano, Edizioni di Comunità, 2000.
- Wittgenstein, L., 1967 "Bemerkungen über Frazers *The Golden Bough*", *Synthese* 17: 233-253. Traduzione di Sabina de Waal: *Note sul "Ramo d'oro" di Frazer*. Con un saggio di Jacques Bouveresse. Milano, Adelphi 1986.
- Wright, G.H.von 1971 *Explanation and Understanding*. London, Routledge and Kegan Paul. Traduzione italiana di: *Spiegazione e comprensione*. Bologna, Il mulino, 1977.
- Zaccaria, G., 2010 *Il Bobbio dimenticato: gli anni padovani di filosofia del diritto*, in Norberto Bobbio. *Gli anni padovani. Celebrazioni del centenario della nascita*. A cura di Baldassare Pastore e Giuseppe Zaccaria: 1-15
- Zorzetto, S., (ed.), *La consuetudine giuridica, Teoria, storia, ambiti disciplinari*. Pisa, ETS, 2008.